



Cláudia da Silva Jorge

**Ações de indemnização por infrações do Direito da Concorrência: a complementaridade
entre aplicação pública e privada do Direito da Concorrência da União Europeia**

Dissertação com vista à obtenção do
grau de Mestre em Direito e Gestão

Orientadora:
Professora Doutora Cláudia Trabuco, Professora da Faculdade de Direito da Universidade
Nova de Lisboa

Agosto, 2017

Cláudia da Silva Jorge

Ações de indemnização por infrações do Direito da Concorrência: a complementaridade entre aplicação pública e privada do Direito da Concorrência da União Europeia

Dissertação de Mestrado com vista à obtenção do Grau de Mestre em Direito e Gestão

Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Orientadora: Doutora Cláudia Trabuço, Professora da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa.

Agosto, 2017

Declaração Anti-Plágio:

Eu, Cláudia da Silva Jorge, declaro que o texto apresentado é da minha exclusiva autoria e que toda a utilização de contribuições ou textos alheios está devidamente referenciada, de acordo com o art.º 20.º - A do Regulamento do 2.º Ciclo e art.º 8.º do Regulamento do 3.º Ciclo.

Agradecimentos

Quero agradecer às pessoas que me ajudaram de diversas formas, e sem as quais a elaboração desta dissertação teria sido um caminho bem mais tortuoso.

À professora Doutora Cláudia Trabuco, docente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, pela orientação, conselhos e sugestões ao longo da realização desta dissertação.

À minha família, mãe e pai, por serenas pessoas que são, presentes e fantásticos. Sem eles teria sido tudo mais difícil. A sua compreensão, amizade, carinho e paciência, foram fulcrais.

Ao Rúben, por ser o companheiro que é, pela sua atenção, carinho, e orientação. O meu eterno agradecimento.

Aos meus amigos por estarem presentes e me fazerem acreditar que era possível.

A todos estes e os demais que aqui e ali foram contribuindo para a escrita desta dissertação se concretizasse, o meu profundo e eterno agradecimento.

Índice

Principais Abreviaturas	7
Resumo	8
Abstract	9
Introdução	10
1. Evolução histórica do Direito da Concorrência na Europa e em Portugal	13
2. O Direito da Concorrência da União Europeia	15
2.1 Os poderes de sanção da Comissão	18
2.2 O Sistema de <i>enforcement</i> europeu: <i>overview</i>	19
2.3 Diretiva 2014/104/EU	21
2.4 A harmonização do direito nacional dos Estados-Membros relativo à aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia	25
2.4.1 Regulamento n.º 1/2003	26
2.4.2 Ações <i>standalone</i> e <i>follow-on</i>	29
3. Ações de indemnização por incumprimento e violação do Direito da Concorrência Europeu	33
3.1 O Livro Verde	35
3.2 Acórdão <i>Manfredi</i> (C-295/04)	36
3.3 O livro Branco da Comissão sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio <i>antitrust</i>	38
4. A complementaridade entre a aplicação pública e privada do Direito da Concorrência da União Europeia	40
4.1 Julgamento <i>Courage v Crehan</i> (C-453/99)	43
5. A Aplicação privada do Direito da Concorrência	45
5.1. O Atual subdesenvolvimento do <i>private enforcement</i> europeu	48
5.1.1 Acesso a elementos de prova	52
5.1.2 Dificuldades de quantificação dos danos	57

5.1.3 Riscos económicos inerentes	60
5.2 Facilitar o <i>private enforcement</i>	63
Conclusão.....	67
Referências bibliográficas.....	70
Legislação Europeia.....	75
Jurisprudência Europeia.....	76

Principais Abreviaturas

ANC – Autoridades nacionais de concorrência

AdC – Autoridade da Concorrência

CE – Comunidade Europeia

CEPS - Centre for European Policy Studies

EUA – Estados Unidos da América

JOUE – Jornal Oficial da União Europeia

LdC – Lei da Concorrência

OECD – Organisation for economic cooperation and development

Pág. – Página

Págs. – Páginas

Parág. – Parágrafo

PE – Parlamento Europeu

Reg. – Regulamento

Sec - Secção

TCE – Tribunal das Comunidades Europeias

TCEE – Tratado da Comunidade Económica Europeia

TFUE – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

UE – União Europeia

Resumo

O Direito da Concorrência é um dos pilares do bem-estar económico desde as suas primeiras versões até ao presente momento. A seu tempo, a Europa apercebeu-se da relevância da aplicação privada do Direito da Concorrência com o acórdão *Courage v. Crehan*, em 2001. Volvidos mais de quinze anos, importa-nos compreender qual a resposta da União Europeia e dos seus Estados-Membros ao manifesto subdesenvolvimento da vertente privada da aplicação concorrencial e, mais concretamente, à problemática que deriva da relação entre a aplicação pública e privada do Direito da Concorrência na União Europeia.

Para desenvolver os objetivos propostos, a pesquisa foi dividida em duas partes. Em primeira instância, analisamos o direito à indemnização das vítimas de infrações às disposições do Direito da Concorrência e a sua fundamentação jurisprudencial. Numa segunda fase, debruçamo-nos naqueles que são os obstáculos a uma aplicação plena e efetiva da aplicação privada do Direito da Concorrência na Europa, para podermos concluir porque é que as vítimas de infrações concorrenciais da UE continuam a não obter uma reparação efetiva nos tribunais nacionais.

Abstract

Competition law has been one of the pillars of economic well-being since its first versions up to the present time. Europe realized the relevance of the private enforcement of competition law with *Courage v. Crehan* in 2001. After more than fifteen years, it is important to understand what the European Union and its Member States have done in response to the manifest underdevelopment of the private sector of competitive enforcement, and, more specifically, the problems arising from the relationship between the public and private application of EU competition law.

To develop the proposed objectives, the research was divided into two parts. First, we analyzed the right to compensation for infringements of the Competition Law and bring forward the most relevant aspects of the current legal regime. In a second phase, we will bring forward the obstacles to the full and effective application of the private application of Competition Law in Europe, in order to understand why victims of EU competition infringements continue to fail to find effective redress in national courts.

Introdução

A política de concorrência desenvolvida pela Comissão Europeia, mas também pelos tribunais e pelas autoridades nacionais da concorrência, tem por objetivo manter e desenvolver uma concorrência eficaz no mercado comum, agindo sobre a estrutura dos mercados e comportamento dos agentes económicos.¹

As regras primordiais do Direito da Concorrência europeu surgiram aquando do Tratado de Roma de 1957, ao serem estabelecidos os artigos 81º a 89º do Tratado das Comunidades Europeias, atualmente artigos 101º e 102º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), momento em que a concorrência na união europeia se reconheceu além-fronteiras em quase todo o território europeu, embora tenha sido reconhecida a necessidade de controlar as distorções concorrenciais desde a criação da Comunidade Europeia.

Atendendo a que a livre concorrência é fundamental para o funcionamento do mercado interno, e que as infrações às leis concorrenciais prejudicam tanto a economia, como o mercado e os consumidores, torna-se crucial que as regras concorrenciais sejam (re)afirmadas através da sua aplicação pública, o *public enforcement*, perpetuado por entidades públicas (pelas ANC e pela CE) através de uma prerrogativa de defesa do interesse público, e da aplicação privada da concorrência, o *private enforcement*, quando a procura de ressarcimento e indemnização por danos na sequência de práticas restritivas da concorrência é efetivada pelos sujeitos prejudicados.

Ao contrário dos EUA onde a reparação dos danos sofridos por infrações concorrenciais é preferencialmente perpetuada pelos particulares há largos anos, o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece apenas desde 2001, com a implementação do acórdão *Courage v Crehan*², o direito de qualquer particular ser indemnizado pelos efeitos resultantes de práticas restritivas da concorrência.

¹ Comissão Europeia, *A política de Concorrência na Europa e os Cidadãos*, 2000, pág.7

² Julgamento do Tribunal Europeu de Justiça de 20 de Setembro de 2001 (C-453/99) *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*. ECR1.

Atualmente, os dois tipos de *enforcement* são aplicados nas diferentes jurisdições, embora em graus completamente discrepantes. Nos países de base legal anglo-saxónica, é dada uma maior relevância às ações privadas, ao passo que nos ordenamentos de base civilística, como o são a grande maioria dos países da Europa continental, incluindo Portugal, o *enforcement* público foi sempre favorecido, tendo sido criadas diversas autoridades administrativas, nos vários países, a quem é confiada a missão de assegurar a livre concorrência e bem-estar económico.

A presente dissertação tem por objeto de estudo a problemática da aplicação privada do Direito da Concorrência europeu e, particularmente, a coexistência e harmonização entre os dois tipos de *enforcement* concorrencial na União Europeia. Não podemos, assim, deixar de abordar, entre outros, quais as repercussões atuais do monopólio público no sistema concorrencial europeu e no subdesenvolvimento das ações privadas na União Europeia.

Para efeitos do estudo proposto, analisaremos em primeira instância como é que a questão do *private enforcement* é abordada no âmbito do Direito da União Europeia, tentando sistematizar a sua jurisprudência e os direitos que desta resultam para os particulares lesados. Com isto, procederemos ao estudo de casos de ações privadas do Direito da Concorrência em Estados-Membros, para concluir em relação à coordenação e cooperação entre as ANC, os tribunais nacionais e a Comissão Europeia.

Assim, na primeira parte deste estudo, ocupar-nos-emos de algumas considerações centrais no entendimento do sistema de *enforcement*, e mais concretamente no reconhecimento e consagração do direito à reparação integral dos danos dos lesados por práticas anticoncorrenciais, na autonomia e coordenação entre as autoridades nacionais dos Estados-Membros no desenvolvimento dos sistemas de concorrência. Com este objetivo, não poderíamos deixar de analisar o papel desenvolvido pela Comissão e pelas autoridades nacionais, desde a publicação do Livro Verde até às mais recentes atualizações na Diretiva 2014/104/EU, na maximização das ações concorrenciais privadas na Europa, para desta forma compreendermos qual direção que está a ser tomada por estas entidades.

Numa última fase deste estudo, exploraremos aquelas que consideramos serem as áreas em que a harmonização das ações privadas por reparação de danos tem mais influência no sistema

de *enforcement* europeu já existente, caracteristicamente monopolizado pelo *enforcement* público.

Uma vez que se trata de uma questão económica e jurídica complexa, exigirá um esforço crítico da nossa parte, baseado na interpretação da legislação aplicável, que nos permitirá encontrar soluções jurídicas para a aplicação privada do Direito da Concorrência. Com este objetivo, analisaremos vários aspetos inerentes às ações privadas de concorrência, como o acesso a elementos de prova, o efeito probatório das decisões da Comissão e das autoridades nacionais, a dificuldade da quantificação dos danos resultantes de uma prática anticompetitiva e o risco económico das ações privadas em matéria concorrencial.

1. Evolução histórica do Direito da Concorrência na Europa e em Portugal

O Direito da Concorrência conheceu a sua origem no final do século XIX, nos Estados Unidos da América, perante a evolução das condições de produção dos diversos setores do mercado e o alargamento do mercado comum e, consequentemente, uma necessidade cada vez mais evidente de eliminar a supressão da concorrência efetiva. Desta necessidade teve origem o *Sherman Act* em 1890, primeira lei americana que condenava a formação de cartéis e monopólios.³ Perante as lacunas apresentadas no *Sherman Act*, como a ausência de regulação dos processos de concentração de empresas, em 1914 surge o *Clayton Act* que, em conjunto com as restrições provenientes da legislação anterior, passa a proibir formalmente outros comportamentos anticompetitivos como a discriminação de preços, por exemplo.

No que diz respeito ao Direito da Concorrência europeu, este teve a sua origem no Tratado de Paris em 1952, e com a criação da Comunidade Económica Europeia, através da assinatura do Tratado de Roma em 1957. Como já vimos em contexto introdutório, os fundamentos do direito concorrencial começaram por estar estabelecidos nos artigos 81º a 89º do Tratado das Comunidades Europeias, atualmente artigos 101º e 102º do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia.

Já em Portugal, a inclusão de um princípio geral de proteção concorrencial na Constituição da República Portuguesa de 1976, impulsionou a matéria no ordenamento nacional. Surgiu ainda o Decreto-Lei n.º 422/1983⁴, de 3 de dezembro, sendo os seus objetivos, como está refletido no artigo 1º da Secção I do Capítulo I, *“A defesa da concorrência no mercado nacional, a fim de salvaguardar os interesses dos consumidores, garantir a liberdade de acesso ao mercado, assegurar a transparência do mercado, favorecer a realização dos objetivos gerais de desenvolvimento económico e social e reforçar a competitividade dos*

³ Sherman Anti-Trust Act of 1890, US Department of Justice. Society for Human Resource Management. Disponível em: <https://www.shrm.org/resourcesandtools/legal-and-compliance/employment-law/pages/sherman-anti-trust-act.aspx>. Acedido pela última vez a 04 de Abril de 2017.

⁴ Decreto-Lei n.º 422/1983 Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=242&tabela=leis. Acedido pela última vez a 04 de Fevereiro de 2017.

agentes económicos face à economia internacional”, no entanto, verificou-se que a aplicação desta norma no direito português foi praticamente nula, não tendo existido um número significativo de punições das infrações concorrenciais até à entrada em vigor do Regulamento nº 1/2003 da Comissão Europeia, momento tido como o verdadeiro marco da revolução concorrencial no direito nacional português.

Como analisaremos mais à frente, no âmbito do estudo da harmonização do direito europeu e dos Estados-Membros⁵, entre os demais desenvolvimentos importantes introduzidos pelo Regulamento nº 1/2003, estão a descentralização da responsabilidade da aplicação da legislação europeia em matéria de concorrência da Comissão para os Estados-Membros, assim como a criação da Rede Europeia da Concorrência para incentivar a coordenação e a partilha de informação entre as 26 autoridades de concorrência da União Europeia, medidas estas que se afiguram cruciais para a aplicação efetiva e funcional da legislação concorrencial.

No seguimento do Regulamento nº1/2003, surge o Decreto-Lei n.º 10/2003 de 18 de janeiro⁶, que firmou uma reforma no quadro jurídico da concorrência nacional, juntamente com a criação da Autoridade da Concorrência Nacional e consequente aprovação dos respetivos estatutos, no âmbito do Decreto-Lei n.º 125/2014.⁷

Já em 2011, defronte a crise económica nacional, o direito português, compelido pelos requisitos do memorando assinado com a *troika*, iniciou uma nova atualização significativa na legislação concorrencial nacional, que se firmou com a Lei n.º 19/2012, de 08 de maio, que veio revolucionar mais uma vez o tema do *private enforcement* no direito nacional, com a aprovação deste novo regime jurídico da concorrência no direito português. Sobre esta, Bernardo de Andrade Loures reconhece que, “*Essa aprovou o novo regime jurídico da*

⁵ Ver Capítulo 2.4 A harmonização do direito nacional dos Estados Membros relativo à aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia, págs. 18-29

⁶ Decreto-lei nº 10/2003, de 18 de janeiro. Disponível em: <https://dre.pt/application/dir/pdf1sdip/2003/01/015A00/02510259.pdf>. Acedido pela última vez a 25 de Maio de 2017.

⁷ Execução das regras de Concorrência da União Europeia: aplicação dos artigos 101º e 102º do TFUE. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=URISERV:l26092&from=PT>. Acedido pela última vez a 17 de Março de 2017.

concorrência, criando condições para uma etapa mais exigente na aplicação das regras de concorrência no país.”⁸

De acordo com dados públicos disponíveis, o uso do domínio privado tem testemunhado alguns evolução em Portugal, principalmente em disputas sobre a validade das cláusulas contratuais e instrumentos de outros particulares⁹, embora não no contexto de reparação por danos. Sobre a ausência de ações privadas de indemnização em Portugal é parcialmente devido à inexistência de uma cultura de ação concorrencial desenvolvidas, principalmente derivado do desconhecimento dos agentes económicos do direito que lhes assiste de procurar reparação por perdas sofridas por violação de disposições do Direito da Concorrência.¹⁰

2. O Direito da Concorrência da União Europeia

Com o Tratado de Lisboa, que veio alterar o Tratado da União Europeia, estabelece-se um Protocolo que institui que o mercado interno, tal como estabelecido no artigo 2º do Tratado da União Europeia, inclui um sistema que assegura que a concorrência não seja deturpada e, para esse efeito, a União Europeia poderia tomar medidas ao abrigo do disposto nos Tratados europeus, incluindo do artigo 308º do TFUE.

As normas que se destinam a regular a livre concorrência do mercado têm o intuito de impedir que os agentes económicos ajam em detrimento do mesmo e, consequentemente, permitir o desenvolvimento de um mercado interno onde todos os intervenientes possam atuar de forma justa. O desenvolvimento da regulação da concorrência no contexto europeu irá permitir ganhos de eficiência das empresas que nele atuam, a evolução dos modelos de concorrência

⁸ LOURES, Bernardo de Andrade, *Enforcement privado das normas de concorrência em Portugal e na União Europeia e a nova Diretiva N.º 2014/104/EU*, Revista Jurídica vol. 02, n.º. 43, Curitiba, 2016, pág. 660.

⁹ Ver Decisão do Tribunal da Relação de Lisboa de 7 de junho 2011 (C 3855/05.9TVLSB.L1-7), Decisões do Tribunal da Relação do Porto de 14 de abril 2010 (C8615/08.2TBMTS) e de 11 de março 2009 (C 572/07.9TBVLC).

¹⁰ GOTTS, Ilene K., *The private competition enforcement review*, Fourth Edition, Law Business Research, 2011, pág. 261

e surgimento de novos padrões, inovação empresarial e a proliferação de novos processos negociais.

Assim, e porque importa acautelar os interesses legítimos de todos os agentes económicos envolvidos no mercado, encontramos, no artigo 120º do TFUE¹¹, ex-artigo 98º do Tribunal das Comunidades Europeias, disposições que disciplinam a Concorrência no espaço da União, onde podemos ler, *“Os Estados-Membros e a União atuarão de acordo com o princípio de uma economia de mercado aberto e de livre concorrência, favorecendo uma repartição eficaz dos recursos, e em conformidade com os princípios estabelecidos no artigo 119º”*. Queremos com isto reforçar que a economia de mercado livre é um dos princípios centrais da União, e a livre Concorrência é um pilar fundamental no mercado interno, e assume particular importância na criação e manutenção de um espaço sem fronteiras, que se caracteriza pela livre circulação de pessoas, mercadorias, serviços e capitais. Muitos teóricos defendem que a concorrência deve atuar ao lado das quatro demais liberdades da União Europeia, que se compreendem na livre circulação de mercadorias, de pessoas, de serviços e de capitais, ultrapassando o mero nível regulatório ao ser reconhecida como uma liberdade económica fundamental.

Compreendemos assim que, num processo de integração económica como a União Europeia, as normas e legislação concorrenciais funcionam como o principal instrumento catalisador do espaço único europeu e do mercado interno. Consequentemente, afigura-se um instrumento fundamental para a obtenção do equilíbrio e liberdade económicos e concorrenciais, cruciais para a prossecução dos objetivos da União Europeia.

Posto isto, o progresso das regras de concorrência afigura-se fundamental no aperfeiçoamento das estruturas de mercado, sendo por isso considerado um amparo da integração europeia. É, como dizíamos, neste âmbito que a liberdade de concorrência assume a importância de que hoje se reveste, alheio aos efeitos económicos, justamente por garantir e apoiar as demais liberdades fundamentais para a prosperidade e desenvolvimento do processo de integração europeu.

¹¹ TFUE, de 25 de março de 1957, versão consolidada no JOUE publicada a 26 de outubro de 2012, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=EN>. Acedido pela última vez a 20 de Março de 2017.

De acordo com a Comissão Europeia, em 2000, a política de concorrência europeia, que assenta no quadro legislativo comunitário instituído inicialmente pelos artigos 81º a 90º do TCE, articula-se em torno de quatro vertentes de ação: *“a repressão dos acordos restritivos da concorrência e dos abusos de posição dominante (como, por exemplo, a condenação de um acordo de fixação de preços entre concorrentes); o controlo das concentrações de empresas (como, por exemplo, a proibição de uma fusão de dois grandes grupos que os levaria a dominar o mercado); a liberalização dos sectores económicos sujeitos a monopólio (como, por exemplo, a abertura do sector das telecomunicações à concorrência) e o controlo dos auxílios estatais (como, por exemplo, a proibição de uma subvenção do Estado com vista à manutenção em atividade de uma empresa deficitária, sem perspectivas de viabilidade).”*

12

Mais concretamente sobre o estudo que nos move, podemos ler no parecer da Assembleia da República relativo a uma proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, a consideração da importância dos artigos 101º e 102º do TFUE: *“o efeito direto dos artigos 101º e 102º do TFUE significa que essas disposições criam direitos e obrigações para as pessoas, que podem ser aplicados pelos tribunais nacionais dos Estados-Membros (aplicação privada do direito da concorrência de UE). Entre esses direitos figura o direito a reparação por perdas e danos sofridos em consequência de uma infração às regras da concorrência.”*¹³.

¹² A política de Concorrência Europeia e os Cidadãos. Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000, pág.8

¹³ Parecer da Assembleia da República relativo à proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitantes à disponibilização no mercado de equipamento de equipamentos de rádio, pág.2. Disponível em: http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npo/docs/portugal/2012/com20120584/com20120584_assembleia_opinion_pt.pdf. Acedido pela última vez a 10 de Março de 2017.

2.1 Os poderes de sanção da Comissão

Das suas várias incumbências, destacamos a missão da Comissão Europeia como garante da correta aplicação da legislação europeia em matéria de concorrência. As funções da Comissão em matéria concorrencial consistem maioritariamente em supervisionar, restringir e, se necessário, impedir comportamentos que vão contra o disposto na jurisprudência concorrencial, como cartéis, abusos de posição dominante, restrição de preço, esmagamento de margem, entre outros.¹⁴

Desde a promulgação do Regulamento 17 em 1962¹⁵, o Direito da Concorrência europeu tinha sido caracterizado pelo monopólio da Comissão. Assim, consideramos que os Estados Membros atribuíram à Comissão Europeia a competência para regular a defesa da concorrência. Tais atribuições serão naturalmente materializadas pelos instrumentos normativos (Regulamentos e Diretivas) que sejam adotados nos termos dos artigos 81º e 82º do Tratado CE.¹⁶ Este regulamento, na sua vertente centralizadora, foi substituído pelo Regulamento nº 1/2003 no dia 1 de Maio de 2004 que, como iremos ver mais à frente neste estudo, criou condições para um maior envolvimento das autoridades e tribunais nacionais na aplicação das normas concorrenciais da União Europeia.

Os regulamentos de aplicação do Direito da Concorrência conferem poderes de investigação aos agentes da Comissão para a prossecução dos objetivos expostos acima, sendo assim provida de competências de inspeção, consagradas no artigo 20º do Regulamento nº 1/2003, e aplicação legislativa que lhe permitem, por exemplo, investigar empresas potencialmente infratoras, organizar audiências e conceder derrogações.

¹⁴ A política de Concorrência Europeia e os Cidadãos. Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2000, pág.9

¹⁵ Regulamento 17/62 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962, publicado no JOCE a 21 de fevereiro de 1962. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31962R0017:EN:HTML>. Acedido pela última vez a 11 de Março de 2017.

¹⁶ RODRUGUES, Hélio T., *Direito Comunitário da Concorrência – Proibição estabelecida no artigo 81º, nº1, TCE e acordos permitidos pela exceção do artigo 81º, nº3, TCE*, Verbo Jurídico, 2008, pág. 5

Assim, para além de desenvolver e aplicar imposições para pôr termo a condutas anticoncorrenciais, a Comissão tem igualmente competência para aplicar coimas às empresas que praticam estes comportamentos, que podem ir até 10% do volume de negócios da empresa em causa. No ano de 2012, a Comissão aplicou a 7 multinacionais fabricantes de tubos catódicos coimas no montante global de 1.470.515.000 euros, pela participação em cartéis de âmbito mundial, sendo este valor agregado das coimas o mais elevado de sempre.¹⁷

O carácter sancionatório da atividade da Comissão tem, no nosso entender, um papel especialmente relevante, uma vez que a ação da Comissão não teria a eficácia pretendida se os seus controlos e fiscalizações não fossem acompanhados de ações sancionatórias.

Como iremos analisar mais à frente neste estudo, o poder de controlo da Comissão pode partilhado com os tribunais e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros em determinadas matérias.

2.2 O Sistema de *enforcement* europeu: overview

Em 2004, um estudo da *Ashurst*¹⁸ sobre a reparação de danos por violações do Direito da Concorrência europeu, deparou-se com apenas 60 casos que envolviam reclamações por danos, baseados tanto na legislação nacional como na legislação concorrencial da União Europeia.

Estas conclusões, simultaneamente com a análise das condições para reclamar danos concorrenciais nos diferentes Estados-Membros, apoiaram a declaração de que o atual estado da aplicação privada do Direito da Concorrência na Europa encontra-se “*astounding diversity and total underdevelopment*.” Posteriormente, e mais acentuadamente após o Livro Verde da

¹⁷ FERREIRA, Armando Martins, *Aware*, Newsletter nº57, Dezembro 2012, pág.1. Disponível em: http://www.abreuadvogados.com/xms/files/Aware_APCRUE_Dez_com_links.pdf. Acedido pela última vez a 15 de Maio de 2017.

¹⁸ WAELBROECK, Denis, SLATER, Donald, EVEN-SHOSHAN, Gil (Ashurst), *Comparative Report: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Brussels, 2004, pág.1.

Comissão, o debate sobre a aplicação privada do Direito da Concorrência, como já vimos anteriormente, desenvolveu-se significativamente. Como resultado, alguns países adotaram normas que visam facilitar ações por reparação de danos e/ou solicitou-se aos tribunais nacionais esclarecimentos efetivos para diversas questões controversas sobre a aplicação privada de regras concorrenciais.¹⁹

O sistema de resolução de litígios em cada jurisdição reflete, em certa medida, as perceções do que os direitos privados devem proteger. Muitas jurisdições vêem o direito concorrencial privado como uma extensão do direito civil, como França, os Países Baixos, o Reino Unido e, fora da União Europeia o Canadá, Israel e o Japão, por exemplo, com a responsabilidade decorrente para quem, negligentemente ou conscientemente, prejudicou outros intervenientes por infrações ao Direito da Concorrência. Por outro lado, legislações como a holandesa tratam as questões concorrenciais como uma defesa por violação contratual.

Algumas jurisdições que defendem que o litígio privado só devia estar disponível para as vítimas de condutas anticoncorrenciais que as autoridades nacionais já tenham penalizado, como era o caso da Espanha, até a legislação mais recente ter revogado este requerimento.²⁰ É necessário ainda ter em conta as diferenças do contexto cultural que, inevitavelmente, afetam os modelos de litígio. Jurisdições como a alemã geralmente não permitem ações representativas, e em vez disso têm como princípio o uso de tribunais para prossecução das reivindicações individuais.

A título de exemplo, no Reino Unido, um pedido de indemnização por infração concorrencial apresentado por uma parte privada, ou por grupos de consumidores que atuem em nome de consumidores individuais, perante o *Competition Appeal Tribunal*, deve basear-se numa decisão prévia de uma autoridade pública de concorrência, em que esta decide se existiu

¹⁹ Final Report for the European Commission (2007), *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, pág. 37. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017.

²⁰ ITALIANER, Alexander in 5th International Competition Conference, Public and private enforcement of competition law, 17 February 2012, Brussels, págs.2-3. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf. Acedido pela última vez a 25 de Abril de 2017.

infração das leis concorrenciais da Comissão Europeia ou do Reino Unido. No nosso entender, esta visão das ações privadas não vai de encontro aquilo que seria o objetivo do *privtate enforcement*, e torna-se inquestionável que este facto não fomenta o desenvolvimento das ações privadas em matéria concorrencial na Europa.

Ainda assim, à data do estudo supramencionado, 17 dos 27 Estados-Membros ainda não tinham registos de ações de *private enforcement* no domínio concorrencial. Neste Europa²⁷, o *public enforcement* continua a ser o mecanismo mais comum de ressarção de danos por práticas anticoncorrenciais, ao contrário de, como já tínhamos introduzido, os EUA em que a maioria dos casos em matéria concorrencial são perpetuados pelos particulares, em oposição às autoridades públicas, sendo o rácio de casos privados para públicos de aproximadamente 9:1, em 2007²¹. Isto acontece porque todo o sistema institucional de *enforcement* privado na Europa evoluiu de forma completamente distinta, devido ao papel central do *enforcement* publico, ainda que tenha ficado claro ao longo dos anos que esta situação não irá mudar sem uma intervenção para maximizar o desenvolvimento do *private enforcement*.

2.3 Diretiva 2014/104/EU

A 5 de dezembro de 2014, o Conselho da União Europeia, após proposta da Comissão Europeia apresentada a 6 de Junho de 2013 ao Parlamento Europeu e ao Conselho, publica a Diretiva 2014/102/EU de 26 de novembro de 2014, relativa às normas que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da Concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia., conhecida como Diretiva sobre o *private enforcement*.

Como já vimos em contexto introdutório, o *private enforcement* firma-se pela compensação dos prejuízos sofridos por um particular, causados pela violação de uma norma concorrencial. Isto é, tendo sido praticado um ato que, contrário às regras concorrenciais, origine uma violação da concorrência e, consequentemente, danos ao sujeito privado, cabe a esse, não

²¹ Final Report for the European Commission (2007), *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, pág. 9. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017.

obstante à denúncia da infração às autoridades competentes, a interposição de uma ação indemnizatória pelos danos causados pelo infrator.

Em suma, o *enforcement* privado, de acordo com o n.º 1 do artigo 3º da Diretiva 2014/104/UE, trata-se da possibilidade de “*pessoas singulares ou coletivas que sofram danos causados por infrações ao direito da concorrência possam pedir e obter a reparação integral desses danos.*”²²

A Diretiva procura, assim, simplificar e facilitar a consecução de reparação aos lesados e alarga as possibilidades de os privados, em paralelo às autoridades da concorrência, exigirem ser ressarcidos integralmente com indemnizações, na obrigação de existirem danos comprováveis. Dessa forma, assegurarão a punição de mais infratores, o que acreditamos que seja, como ilação, um desincentivo para a prática de comportamentos anticoncorrenciais, que entendemos ser o objetivo fundamental e primordial do sistema de *enforcement* e todas as estruturas associadas.

Sobre a Diretiva, o Ministério dos Negócios Estrangeiros pronuncia-se, considerando que esta é “*(...) imprescindível para a manutenção de um mercado livre e concorrencial e deve ser assumida, nessa medida, como um segundo pilar na aplicação do direito da concorrência, paralelo e complementar à vertente pública desta aplicação (a cargo de autoridades da concorrência).*”²³

É nossa opinião que a aprovação desta Diretiva é, por si, uma clara orientação de que a questão da aplicação privada das normas do Direito da Concorrência não será ignorada pelos aplicadores nacionais, uma vez que as orientações europeias em vigor estão cada vez mais sólidas.

²² Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JO L 349, de 5.12.2014.

²³ Ministério dos Negócios Estrangeiros - Direção Geral dos Assuntos Europeus, Portugal na União Europeia Ano 2014, pág 98 Disponível em https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000065001-000066000/000065395_2.pdf. Acedido pela última vez a 30 de Abril de 2017:

Em Abril de 2014, também Joaquin Almunia, Vice-presidente da Comissão Europeia e responsável pela política de concorrência, dava o seu parecer em relação à diretiva apresentada no âmbito do *European Competition Day*, em Atenas, “*The Directive will eliminate the present obstacles and establish minimum standards applicable everywhere across the Union. This means that we will get a bit closer to a level playing field when it comes to the private enforcement of competition law. Thanks to the Directive, national judges will be able to order companies to disclose the evidence victims need to prove their claims. In addition, the victims will be able to wait for the decisions of competition authorities and rely on them in their own actions.*”²⁴

A Diretiva suscita ainda alguns temas mais inovadores, e é de assinalar também a procura de soluções persuasivas, especialmente no que à complementaridade entre os dois tipos de *enforcement* diz respeito, cabendo-nos destacar neste âmbito, e a título de exemplo, o manifesto cuidado com a proteção dos sigilos de negócio e a exequibilidade prática e efetiva dos institutos da clemência²⁵, com a efetividade do direito à ressaração dos danos e o acesso a instrumentos de prova necessários para assegurar a correta aplicabilidade prática do regime concorrencial.

A referida Diretiva, visa ainda eliminar a multiplicidade no que respeita às regras jurídicas nacionais próprias de cada Estado-Membro que regulam as ações de indemnização no domínio do Direito da Concorrência, e que muitas vezes não vão ao encontro do que é defendido na legislação europeia, como analisaremos no capítulo seguinte deste estudo, dedicado ao estudo da harmonização do Direito da União Europeia e os Direitos nacionais dos Estados-Membros.²⁶

²⁴ ALMUNIA, Joaquin, *Developments in EU competition policy*, 2014, pág.1, Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-312_en.htm. Acedido pela última vez a 20 de Fevereiro de 2017.

²⁵ Regime jurídico que permite a uma empresa denunciar a sua participação num cartel, confessando a sua participação em troca de dispensa ou redução de coima.

²⁶ Ver Capítulo 2.4 A harmonização do direito nacional dos Estados Membros relativo à aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia, págs. 19-29

A 26 de Abril de 2016, a Autoridade da Concorrência portuguesa publica a Proposta de Anteprojeto de transposição desta Diretiva²⁷. É notório um esforço relativamente bem-sucedido da AdC portuguesa em transpor as preocupações e soluções encontradas na Diretiva 2014/104/EU para o ordenamento jurídico nacional de forma equilibrada, e entendemos que as soluções reconhecidas no diploma se encontram, de um modo geral, em sintonia com a legislação nacional. No entanto, no *workshop* consultivo sobre o anteprojeto de transposição da Diretiva era apresentada uma perspetiva antagónica, *“evidenciou-se que a transposição do presente regime atentará, inevitavelmente, contra a congruência sistemática do nosso ordenamento, na medida em que a Diretiva impõe e o Anteprojeto toma alguns passos adicionais de concretização que afastam o regime aplicável ao private enforcement do direito da concorrência de regras gerais vigentes no nosso ordenamento. Isto sucederia, a título de exemplo, no domínio do acesso a elementos probatórios, na imputação de responsabilidade a empresas-mãe, no estabelecimento de presunções de danos ou de repartição de responsabilidades entre os infratores, no estabelecimento de presunções inilidíveis de infrações já identificadas por decisões administrativas/judiciais no âmbito do public enforcement, etc.”*²⁸

Ainda em 2016, a 29 de dezembro, a Autoridade da Concorrência nacional anuncia as Prioridades da Política de Concorrência para o ano de 2017, estando previsto o papel dissuasor da atuação da AdC deverá ver-se fortalecido com a adoção deste diploma nacional de implementação da Diretiva 2014/104/EU, que deveria, aliás, ter sido já transposta, até ao dia 27 de Dezembro de 2016.

²⁷ *Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva de private enforcement*, 20 de Abril de 2016. Disponível em:

http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement%20-%20Anteprojeto%20private%20enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 7 de Abril de 2017.

²⁸ FERRO, Miguel Sousa. Relatório síntese do Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/EU, pág.7. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Relatório%20do%20Workshop%20consultivo%20realizado%20a%2016-03-2016.pdf. Acedido pela última vez a 23 de Maio de 2017.

2.4 A harmonização do direito nacional dos Estados-Membros relativo à aplicação do Direito da Concorrência da União Europeia

Como vimos no capítulo anterior, a Diretiva 2014/104/EU procura expressar a vontade da Comissão de otimizar a interação entre a aplicação pública e privada das regras da Concorrência, garantir que as vítimas das infrações a estas regras obtêm uma compensação integral dos danos sofridos e eliminar a multiplicidade de regras jurídicas nacionais próprias de cada Estado-Membro que regulam as ações de indemnização no domínio concorrencial.

Já vimos em contexto introdutório que, atualmente, os dois tipos de *enforcement* são aplicados nas diferentes jurisdições em graus bastante discrepantes, e a realidade concorrencial americana é a que se contrasta mais significativamente do regime concorrencial em estudo, o europeu e dos seus Estados-Membros.

Partindo de um ponto de vista exclusivamente económico, o objetivo da integração dos mercados dos diversos Estados-Membros cinge-se à promoção e disponibilização de uma vasta possibilidade de escolha de consumo, aumentando a oferta de produtos e serviços a preços tendencialmente menores para todos os indivíduos integrantes destes mercados. No entanto, sabemos que o processo de integração da União Europeia se reveste de características singulares que a tornam um mecanismo *sui generis*, porque compreende muito mais do que apenas os fins económicos supracitados, tendo por base um processo dinâmico de harmonização das práticas nos sistemas nacionais para permitir a formação de um verdadeiro mercado único sem barreiras internas.²⁹ Sabemos que a instauração de um mercado livre entre os Estados-Membros é pressuposto fundamental na obtenção de vantagens concorrenciais, porém, a concorrência apenas se instala onde houver esse livre mercado.³⁰

²⁹ AYRAL, Michel. *Le marché intérieur de l'Union Européenne: Les règles du jeu*. Paris, La documentation française, 1998, pág.7

³⁰ HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. *Economic Development, competition policy and WTO*. Washington DC: Banco Mundial, 2002, pág.4

De acordo com a visão de Miguel Sousa Ferro³¹, o problema inerente à dicotomia de legislações nacional-europeia prende-se com o facto de, apesar de ser um tema já obrigatoriamente ultrapassado na jurisprudência europeia, e continuamente defendido neste sentido, continua a encontrar-se, frequentemente, nos tribunais nacionais a posição de que as disposições europeias não pode ser aplicáveis a um litígio entre empresas nacionais ou sobre uma prática observada exclusivamente num Estado-Membro.

Atualmente, os Estados-Membros adotam abordagens muito diferentes em litígios concorrenciais, com resultados muito diferentes no que se refere às condições para o exercício do direito de pedir compensação das perdas sofridas em consequência de infrações à legislação concorrencial.

2.4.1 Regulamento nº 1/2003

A dita harmonização dos regimes jurídicos dos Estados-Membros é, como entendemos, um dos entraves mais significativos da aplicação das leis concorrenciais. O Regulamento nº1/2003³² dispõe, no seu artigo 6.º, que “*national courts shall have the power to apply Articles 101 and 102 of the Treaty*” que resulta do parágrafo 7 do Regulamento, segundo o qual “*national courts have an essential part to play in applying the Community competition rules. When deciding disputes between private individuals, they protect the subjective rights under Community law, for example by awarding damages to the victims of the infringements*”. Esta descentralização que se impõe no Regulamento é conseguida através do poder para os tribunais nacionais aplicarem o artigo 101º e 102º do TFUE numa conduta abusiva que afete o comércio entre os Estados-Membros. Para atingir este objetivo, é esclarecida a relação entre a jurisdição nacional e europeia aplicável (artigo 3º), a cooperação entre a Comissão Europeia

²⁸ *Draft* do Capítulo 7: Jurisprudência de Private Enforcement, No âmbito do Projeto de Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência do CIDEEFF (Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal), pág.80. Disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 13 de Abril de 2017.

³² Regulamento (CE) Nº1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:PT:PDF>. Acedido pela última vez a 20 de Março de 2017.

e os tribunais nacionais (artigo 15º) e a uniformização da aplicação do Direito da Concorrência europeu. De notar que o artigo 35º do Regulamento preserva os procedimentos nacionais autónomos, ao deixar aos Estados-Membros o poder de designar os tribunais competentes para aplicar o artigo 81º e 82º.

O Regulamento veio clarificar e reforçar as competências de investigação da Comissão Europeia, estipuladas nos artigos 17º a 22º do mesmo. Os inquéritos sectoriais tornaram-se uma das imprescindíveis ferramentas de investigação da Comissão, que permitiram identificar várias lacunas no processo concorrencial dos sectores do gás e eletricidade, da banca de retalho, dos seguros de empresas e farmacêuticos, e forneceram uma quantidade vasta de fundamentos factuais que apoiaram a aplicação dos artigos 81º e 82º pelos Estados-Membros em casos individuais.³³

O quadro jurídico de cada Estado-Membro difere, muitas vezes, em domínios considerados essenciais em matéria concorrencial, tais como as posições das autoridades nacionais, o regime de responsabilidade, as sanções penais, os recursos e os programas de clemência. Do nosso ponto de vista, a estratégia europeia deverá passar por adotar medidas legislativas que mitiguem as diferenças entre os quadros legislativos dos EM e assegurar os limites mínimos de independência das autoridades nacionais de concorrência, e a harmonização das regras processuais sobre o domínio do artigo 5º do Regulamento 1/2003.

De notar que o Regulamento estipula várias obrigações no que à informação e consulta de elementos de prova diz respeito, e permite que as autoridades nacionais de um Estado-Membro desenvolvam ações de investigação por uma autoridade nacional de outro Estado-Membro, para decidir efetivamente acerca de infrações aos artigos 81º e 82º, como forma de fomentar a cooperação entre os Estados-Membros.

Existe uma necessidade cada vez mais evidente de os Estados-Membros cooperarem na implementação das respetivas legislações nacionais para combater os efeitos das práticas

³³ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council: Report on the functioning of Regulation 1/2003 (2009), págs. 300-306. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52009DC0206>. Acedido pela última vez a 03 de Abril de 2017

anticoncorrenciais, cooperação essa que também é necessária para lidar de forma eficiente com estas práticas. Já em 1995, a 27 de Junho, nas recomendações publicadas pela OECD³⁴, é defendido que a cooperação entre os Estados-Membros em forma de notificação, troca de informação e coordenação de ação, numa base voluntária, deve ser encorajada sem, no entanto, afetar a posição legal dos Estados-Membros no que diz respeito a questões de soberania, em particular a aplicação extraterritorial de leis respeitantes a práticas anticoncorrenciais, como pode acontecer.

De acordo com Joaquín Almunia, a reforma de 2004 constituiu um desafio importante para as autoridades nacionais, que tiveram de desenvolver os seus métodos e competências, sobretudo nos países sem uma tradição consagrada no Direito da Concorrência. Ainda assim, considera-se que este novo sistema descentralizado de *enforcement* não fomentou grande esperança no desenvolvimento significativo da aplicação privada da concorrência. Ainda que a maior parte dos autores considere que o monopólio da Comissão previsto no nº3 do artigo 81º pode ser considerado um obstáculo ao desenvolvimento do *enforcement* privado, outros - como Assimakis P. Komninos - considera que o Regulamento nº 1/2003 foi uma necessária, mas insuficiente ferramenta para promover as ações concorrenciais privadas na Europa.³⁵

Ao abolir a obrigação de notificação e a competência exclusiva da Comissão para a aplicação do então artigo 81º, o Regulamento estabelece que, na prática, já não será possível, suspender o processo judicial mediante a apresentação de uma notificação à CE. Como a experiência com o artigo 82.º CE mostra, no entanto, a relativa ausência de aplicação privada do Direito da Concorrência deve-se principalmente a outros fatores, que nos movem neste estudo.

No entanto, consideramos que a Comissão Europeia tinha consciência dos riscos inerentes a esta descentralização. O conceito adjacente a este Regulamento prende-se com a substituição do monopólio da Comissão, não pelas decisões tomadas pelas autoridades públicas

³⁴ Recommendation of the Council concerning Cooperation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade (OECD) 27 July 1995-C(95)130/FINAL. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/international/legislation/oecd_1.pdf. Acedido pela última vez a 21 de Março de 2017.

³⁵ KOMNINOS, Assimakis. P., *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?* The Competition Law Review, 2006, pág. 8.

competentes, mas sim por uma *network* composta pela Comissão e pelas autoridades nacionais dos Estados-Membros, para que estes sejam obrigados a cooperar estreitamente.

2.4.2 Ações *standalone* e *follow-on*

Não poderíamos expor o problema inerente à harmonização entre o direito europeu e o direito nacional dos Estados-Membros, sem nos focarmos nas ações de *standalone* e de *follow-on*.

Numa ação *standalone*, o requerente deve provar uma infração às regras de concorrência sem o benefício de uma decisão prévia nesse sentido pela Comissão Europeia ou por uma autoridade nacional. Os litígios *follow-on*, por sua vez, ocorrem quando a Comissão ou uma ANC emitiram anteriormente uma decisão que estabelece e evidencia uma infração ao Direito da Concorrência.³⁶

Em ações *standalone*, a posição do particular lesado é muito mais penosa, uma vez que terá que provar que a infração concorrencial efetivamente ocorreu.³⁷ Assim, evidentemente, a prova de uma infração no tribunal será, na segunda situação de litígios *follow-on*, mais facilitada. Embora, em princípio, como já vimos, a execução privada permaneça independente da execução pública, ainda que a existência de uma prévia decisão pública alivie o ónus da prova imputada ao requerente, ou até mesmo vinculativa para o tribunal no que às suas conclusões diz respeito. Esta última relativa às decisões da Comissão está expressamente prevista no Direito da União Europeia. Sobre esta temática, citamos Nellie Kroes, que também defende a autonomia das ações privadas, “*Cases that follow public enforcement decisions should be able to rely on those decisions as proof of the fact of the infringement. Of course this will not prove quantum of damages, which is not the area of expertise of competition*

³⁶ WISH, Richard, BAILEY, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012, pág.23.

³⁷ JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, *EU Competition Law*, Text, Cases and Materials, Oxford, 2008, págs. 1216-1217.

authorities. But again, private actions should not be dependent on public enforcement. We need a system that allows private actions to stand on their own two feet.”³⁸

Contudo, sempre que a Comissão reconhecer uma violação dos artigos 101.º e 102.º do TFUE, as vítimas da infração podem, nos termos do n.º 1 do artigo 16.º do Regulamento n.º 1/2003³⁹, invocar esta decisão como prova obrigatória em processos civis. Este artigo estabelece que, *“Quando se pronunciarem sobre acordos, decisões ou práticas ao abrigo dos artigos 81º ou 82º do Tratado que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, os tribunais nacionais não podem tomar decisões que sejam contrárias à decisão aprovada pela Comissão. Devem evitar tomar decisões que entrem em conflito com uma decisão prevista pela Comissão em processos que esta tenha iniciado. Para o efeito, o tribunal nacional pode avaliar se é ou não necessário sustentar a instância. Esta obrigação não prejudica os direitos e obrigações decorrentes do artigo 234º do Tratado.”*, ou seja, quando os tribunais nacionais decidem sobre uma questão que já foi objeto de uma decisão da Comissão nos termos dos artigos 101.º ou 102.º do TFUE, estes não podem, em última instância, concluir com um parecer contrário ao da Comissão Europeia.

Ainda que o regulamento não especifique que órgão jurisdicional de um Estado-Membro ficaria vinculado por uma decisão da Comissão, mesmo que um tribunal inferior tivesse chegado a uma conclusão contrária antes da decisão da Comissão, este ponto ficou estabelecido no acórdão *Masterfoods*.⁴⁰ O n.º 1 do artigo 16º traduz a sentença do Tribunal de Justiça no processo *Masterfoods*, em que o órgão jurisdicional atentou que o dever de cooperação, previsto no n.º3 do artigo 4º do TUE, exige que um órgão jurisdicional nacional fique vinculado a uma decisão da Comissão relativa às mesmas partes, ao mesmo acordo no mesmo Estado-Membro. Esta seria a resposta à questão prejudicial submetida ao Tribunal de

³⁸ Opening speech at the conference “Private enforcement in EC competition law: the Green Paper on damages actions”. Brussels, 9th March 2006. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-158_en.htm?locale=en. Acedido pela última vez a 03 de Abril de 2017.

³⁹ Regulamento (CE) N.º1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, pág.1. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:001:0001:0025:PT:PDF>. Acedido pela última vez a 20 de Março de 2017.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 Dezembro de 2000 (C 344/98), *Masterfoods Ltd v HB Ice Cream Ltd*, ECR I-11369, parág. 16.

Justiça no acórdão *Masterfoods*, quando o *Supreme Court* suspendeu a instância e submeteu ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais “(...) a) *A obrigação de cooperação leal com a Comissão, tal como é interpretada pelo Tribunal de Justiça, impõe que a Supreme Court suspenda a instância do presente processo enquanto estiver pendente no Tribunal de Primeira Instância o recurso interposto da referida decisão da Comissão, bem como qualquer eventual recurso para o Tribunal de Justiça?*”⁴¹

Se a decisão da CE for objeto de recurso para o Tribunal Geral ou para o TJUE, nos termos do artigo 263.º do TFUE, o órgão jurisdicional nacional deve interromper a sua tramitação até se consumir uma decisão definitiva dos tribunais europeus. Se um órgão jurisdicional nacional considerar que uma decisão da Comissão é inadequada, fica obrigado a submeter ao TJUE uma questão prejudicial, de acordo com o artigo 267º do TFUE.⁴²

Para além do referido, existem sistemas jurídicos em que a presença de uma decisão de infração por parte de uma autoridade pública não confere qualquer benefício à parte privada numa ação *follow-on*. O Livro Branco sobre as ações de indemnização, que iremos analisar mais frente neste estudo, espelha posição da Comissão, que “*não vê qualquer razão para que uma decisão definitiva tomada por uma ANC da rede europeia da concorrência (REC) no âmbito do artigo 81.º ou 82.º, assim como uma sentença definitiva de uma instância de recurso que confirme a decisão do ANC ou declare ela própria verificada uma infração, não serem aceites em todos os Estados-Membros como provas irrefutáveis da infração nas ações cíveis de indemnização subsequentes por infração das regras antitrust*”⁴³, Isto é, a CE tem por objetivo reformar esta situação na EU de modo que as decisões definitivas de violação concorrencial tomadas por uma autoridade pública nacional, assim como os acórdãos de reapreciação por um tribunal que sustente a decisão NCA, podem afirmar-se vinculativos quanto à verificação da infração nas ações de indemnização subsequentes.

⁴¹ *Idem*, parág. 18.

⁴² Comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais dos Estados-Membros da EU na aplicação dos artigos 81º e 82º do Tratado CE, 2004, OJ C101/54, parág. 13

⁴³ Comissão Europeia, Livro Branco, pág.6. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_pt.pdf. Acedido pela última vez a 02 de Maio de 2017

Também sobre o carácter probatório das decisões da Comissão, o Regulamento n.º 1/2003 atribui efeito probatório às decisões da CE em ações de indemnização subsequentes, uma vez que um tribunal nacional não pode decidir contrariamente a essa decisão da Comissão. A Diretiva 2014/104/UE atribuiu o mesmo efeito às decisões finais de infração tomadas pela Autoridade da Concorrência, ou por um tribunal nacional de recurso. Ainda assim, se é verdade que é a Diretiva 2014/104/EU que impõe a formação de uma presunção inilidível, também é certo que, no ordenamento jurídico português, nem as sentenças proferidas em processo penal têm este valor no âmbito de processos civis subsequentes.⁴⁴

De acordo com a Comissão, a aplicação desta medida asseguraria uma aplicação mais coerente dos artigos 101.º e 102.º do TFUE pelas diferentes organizações nacionais e asseguraria a segurança jurídica na União Europeia. De referir ainda que aumentaria consideravelmente a eficácia das ações de defesa, uma vez que a duplicação da análise factual e jurídica dos casos seria minimizada. A CE defende ainda que, a presença de tal regra melhoraria substancialmente a posição dos privados nos tribunais nacionais, durante as ações *follow-on*, uma vez que não teriam de apresentar todas as provas novamente.⁴⁵

Adicionalmente, no que às decisões das ANC diz respeito, apenas algumas legislações concorrenciais nacionais dos Estados-Membros, particularmente no Reino Unido e no direito alemão⁴⁶, declaram explicitamente que os tribunais civis não estão vinculados pelas decisões proferidas pelas ANC em litígios de *follow-on*. Sobre esta posição, a Comissão Europeia propõe uma regra, no seu Livro Branco de 2008, “os tribunais nacionais que devem decidir

⁴⁴ FERRO, Miguel Sousa. Relatório síntese do Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/EU, pág.10. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Relatório%20do%20Workshop%20consultivo%20realizado%20a%2016-03-2016.pdf. Acedido pela última vez a 23 de Maio de 2017.

⁴⁵ Idem

⁴⁶ BACH, Albrecht, WOLF, Christoph, *Germany: Private Antitrust Litigation*, pág.1. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/chapter/1067842/germany-private-antitrust-litigation>. Acedido pela última vez a 20 de Maio de 2017; DAVIES, Neil, FARRELL, Lesley, REISS, Michael, *United Kingdom: Private Enforcement*, pág.1. Disponível em: http://globalcompetitionreview.com/chapter/1065455/united-kingdom-private-enforcement#ftn_72. Acedido pela última vez a 14 de Abril de 2017.

*sobre as ações de indemnização relativas a uma prática referida no artigo 81.º ou 82.º sobre a qual uma ANC da REC tenha já tomado uma decisão definitiva que declara verificada uma infração a estes artigos, ou sobre a qual uma instância judicial de recurso proferiu uma sentença definitiva que confirma a decisão da ANC ou que declara ela própria verificada uma infração, não podem tomar decisões contrárias a esta decisão ou a esta sentença.”*⁴⁷

3. Ações de indemnização por incumprimento e violação do Direito da Concorrência Europeu

Nas palavras de Wouter P. J. Wils, “*In Europe, competition law provisions seem to be used mainly as a shield and only rarely as a sword.*”⁴⁸, ou seja, as leis concorrenciais são utilizadas sobretudo como um “escudo” e raramente como uma “espada”. É da nossa opinião que, os artigos 101º e 102º TFUE foram regularmente invocados como defesa, no âmbito dos litígios privados, principalmente em litígios contratuais, mas raramente foram utilizados proativamente para reclamar danos por violações concorrenciais, o que diminui o efeito dissuasor das ações privadas. Vários autores sublinham que os casos em que o Direito da Concorrência é invocado como defesa, a chamada utilização passiva da concorrência e os direitos nesta contemplados, têm um contributo mínimo para o desenvolvimento de um sistema mais eficaz de *private enforcement*, e para a melhor compreensão e clarificação das regras relativas às infrações graves do Direito da Concorrência.⁴⁹

⁴⁷ FERRO, Miguel Sousa. Relatório síntese do Workshop consultivo sobre o anteprojeto de transposição da Diretiva 2014/104/EU, pág.7. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Relatório%20do%20Workshop%20consultivo%20realizado%20a%2016-03-2016.pdf. Acedido pela última vez a 23 de Maio de 2017.

⁴⁸ WILS, Wouter P.J., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 2003, pág. 475

⁴⁹ KOMNINOS Assimakis P., *EC private antitrust enforcement EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC Competition Law by national courts*, 2007, pág. 3; BASEDOW, Jürgeb, *Panel one Discussion; Substantive Remedies*, in EHLERMANN, C. ATANASIU, C. , *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford, 2003, pág. 32; JACOBS, Francis G.,

É do nosso entendimento que o objetivo principal da aplicação da legislação de Direito da Concorrência é garantir que as normas concorrenciais não sejam violadas. Isto é feito principalmente através da dissuasão, ou seja, tecendo uma ameaça sancionatória credível, como sanções administrativas ou danos privados, a fim de alterar o rácio do custo/benefício potencial do infrator e, assim, fazê-lo abster-se da prática de condutas infratoras.⁵⁰

Um segundo objetivo da aplicação da lei concorrencial passa pela procura da justiça corretiva por meio de compensação. A ideia subjacente ao objetivo restaurativo é também corrigir as consequências quando uma infração já ocorreu, impondo que a parte que o infrator compense a outras partes pelo prejuízo que inocentemente sofreram, e consequentemente, punir o autor dos atos ilegais e dissuadi-lo da prática de outros de futuras infrações.

As práticas proibidas pelos artigos 101º e 102º do Tratado prejudicam a concorrência e o bem-estar dos consumidores, e não é um perigo abstrato ou apenas teórico. O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias declarou que a proteção efetiva dos direitos consagrados no Tratado impõe que qualquer indivíduo que tenha sofrido danos causados por uma infração aos artigos 81º e 82º, possua o direito de reclamar uma reparação pelos danos sofridos⁵¹. É convicção da CE, que a existência destas ações se afigura um meio eficaz e dissuasor de condutas anticoncorrenciais. Na ausência de normas comunitárias europeias, os sistemas jurídicos dos Estados-Membros terão que definir regras específicas sobre as infrações.

DEISENHOFER, Thomas, *Procedural Aspects of the Effective Private Antitrust Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective*, 2003, pág.190.

⁵⁰ WILS, Wouter P.J., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 2003, pág. 478.

⁵¹ Julgamento do Tribunal Europeu de Justiça de 20 de Setembro de 2001 (C-453/99) *Courage Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*. ECR1, pontos 26 e 27

3.1 O Livro Verde

A CE considerou necessária uma pesquisa para determinar a natureza e dimensão dos obstáculos que se impõem à execução da aplicação privada das regras da concorrência em seio europeu. Já no final do ano de 2003, a Comissão pediu um estudo⁵² para auxiliar no início dos seus trabalhos que visavam a eliminação e contenção dos referidos obstáculos. Com base nos resultados deste estudo e do seu próprio trabalho, a Comissão inicia, no segundo semestre de 2004, a elaboração de um Livro Verde com o objetivo de apresentar e implementar as deliberações feitas.⁵³

Como já vimos, a CE já teria reforçado necessidade de aumentar a eficácia, e consequente utilização, dos litígios privados em matéria concorrencial com o Regulamento nº 1/2003, e a 19 de Dezembro de 2005 é publicado o Livro Verde sobre ações de indemnização devido a violação das regras europeias da União Europeia, assim como o documento de trabalho de serviços da Comissão que o acompanha.

A comissão europeia defende, na introdução ao Livro, a mudança na legislação que sustenta os litígios privados na Europa irá fomentar o crescimento económico, criar novos postos de trabalho e inovação. No entanto, este enunciado, assim como todo o debate sobre o Livro Verde é, segundo Ilya Segal e Michael Whinston⁵⁴, pouco sustentado por teorias económicas ou evidências. Ainda assim, não se pode negar que, no Livro Verde, a Comissão Europeia se encontra em posição de encorajar a aplicação privada das normas concorrenciais europeias.

O Livro Verde da Comissão visa identificar os principais obstáculos a um regime mais persuasivo para a propositura de ações de indemnização nos Estados-Membros, e propor soluções para os referidos obstáculos. De acordo com a Comissão os principais impedimentos que se verificavam à data da publicação do Livro Verde, prendem-se com o acesso aos elementos de prova, e é proposta a obrigação de entrega de documentos ou de qualquer outro

⁵² Study COMP/2003/A1/22

⁵³ WOODS, Donncadh; SINCLAIR, Ailsa; ASHTON, David, *Private enforcement of Community competition law: modernization and the road ahead*. Competition Policy Newsletter Nº2, 2004, pág.37

⁵⁴ HISCHELRATH, Kai, WEIGAND, Jürgen, *Public vs Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*. Stanford Law School, Working Paper nº 335, 2006, pág.1

tipo de acesso às provas necessárias; e a obrigação, para o requerido, de divulgar os documentos apresentados à CE ou a uma ANC, nos casos em que tenha existido uma investigação. No que ao requisito de culpa diz respeito, a Comissão considera fundamental decidir se é necessário provar a culpa ou se se deve estabelecer presunções de culpa.

A Comissão manifesta ainda apreensão quanto à própria natureza da indemnização - se deve ter carácter compensatório, ou seja, se deve ser calculada em função do prejuízo sofrido pelo requerente, ou em função dos ganhos ilícitos por parte do requerido (*punitive damages*) -, e sobre a legitimidade dos compradores indiretos - sobre os quais pode ou não ter sido repercutido o aumento de custos resultante, resultante de relações económicas com uma vítima de uma conduta anticompetitiva inicial - para propor ações de indemnização neste âmbito.

A Comissão Europeia concluiu, no seu Livro Verde, que a estagnação do *private enforcement* na Europa se deve em grande parte aos inúmeros obstáculos legais e processuais estabelecidos pelas regras dos Estados-Membros que regem as ações de indemnização por infração às normas concorrenciais intentadas junto dos tribunais nacionais.

Em suma, cremos que o objetivo da publicação foi a identificação dos principais obstáculos à prosperidade das ações de indemnização e a apresentação de diferentes vertentes de reflexão, com possíveis medidas e intervenções que irão conduzir a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização.

3.2 Acórdão *Manfredi* (C-295/04)

O Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 2006⁵⁵, respeitante ao litígio entre *Vicenzo Manfredi* e *Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA*, sublinhou mais uma vez a necessidade de uma reparação efetiva das vítimas das infrações ao direito da concorrência e, ao fazê-lo, o Tribunal confirma o objetivo global do Livro Verde. No acórdão podemos ler “a plena eficácia do artigo 81º da Comissão Europeia, em especial, o efeito útil da proibição prevista no nº1, seria posta em causa se não fosse permitido a qualquer pessoa pedir a

⁵⁵ Acórdão do TJUE, de 13/07/2006, Processo C-296/04

reparação do prejuízo sofrido que lhe houvesse sido causado por um contrato ou um comportamento suscetível de restringir ou de falsear o jogo da concorrência.”⁵⁶

Existe também um apoio considerável a um sistema no âmbito do qual a prova da existência de uma infração às regras de concorrência satisfaria a exigência de culpa no litígio em matéria de responsabilidade extracontratual, ponto que discutiremos mais à frente neste estudo.

Neste caso, os lesados de um conluio de empresas no sector dos seguros reclamavam que teriam pago prémios demasiado altos, vítimas desta conduta anticoncorrencial por parte de várias empresas de seguros. As empresas defenderam-se declarando que o tribunal italiano em questão carecia de jurisdição sob a legislação italiana, e que os requerentes impuseram processo muito tarde.⁵⁷ Neste processo, o tribunal italiano questionou o Tribunal de Justiça europeu sobre várias questões relacionadas com o processo, como se se poderia considerar que existiu uma violação do artigo 101º do TFUE ao mesmo tempo que é infringida uma lei da concorrência nacional, se seriam as partes lesadas a apresentar a relação entre a infração e o dano, qual o momento em que a compensação do dano começa a ser contada, assim como outras questões de conformidade da legislação italiana com o Direito europeu.⁵⁸

O acórdão *Manfredi* demonstra a vontade do Tribunal de Justiça de interpretar estes princípios, nomeadamente o princípio da eficácia, a fim de conseguir uma harmonização mínima fragmentada das regras e dos procedimentos nacionais. Ainda existem regras e procedimentos nacionais em vigor que tornam praticamente impossível, ou excessivamente difícil, o êxito de uma ação de indemnização por danos em determinadas jurisdições.

Como sabemos, o recurso eficaz à indemnização só pode ser alcançado através de regras e procedimentos que o permitam, no entanto, na ausência de regulamentações europeias, admite-se a aplicabilidade dessas regras e procedimentos nacionais, desde que sejam respeitados os princípios da equivalência e da eficácia. Assim, a jurisprudência resultante dos

⁵⁶ Acórdão *Manfredi* do Tribunal de Justiça (C 195/04) de 13 de Julho de 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0295&qid=1497278571336&from=PT>.

Acedido pela última vez a 29 de Abril de 2017

⁵⁷ Idem, parág. 15

⁵⁸ Idem, parág. 16-21

Acórdãos *Courage* e *Manfredi* do TJUE, estabelece que “o direito interno não pode prever prazos de prescrição menos favoráveis do que os prazos aplicáveis a ações análogas de âmbito interno (princípio da equivalência), bem como não pode impor prazos de prescrição que tornem praticamente impossível ou excessivamente difícil o exercício dos direitos conferidos aos particulares pela ordem jurídica da União Europeia (princípio da efetividade).”⁵⁹

3.3 O livro Branco da Comissão sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*

A 2 de Abril de 2008, a CE apresenta o Livro Branco⁶⁰ sobre as ações de de indemnização por incumprimento das regras europeias no domínio concorrencial.

A Comissão Europeia defende no Livro Branco o princípio da reparação total do dano sofrido, o que é inteiramente concordante com o ordenamento jurídico português, embora se refira à possibilidade de a indemnização poder transpor esse dano, o que se afasta da tradição na maioria dos sistemas jurídicos europeus que, como o português, não admitem como regra os *punitive damages*. Entendemos que os danos punitivos são a primeira colisão entre os objetivos dos *enforcers* privados e dos *enforcers* públicos e, sobre esta matéria, a Autoridade da Concorrência Portuguesa afirma que “(...)qualquer regra que venha a ser criada e que deixe em aberto essa possibilidade deve ser rejeitada, nomeadamente para que seja mantida

⁵⁹ FERRO, Miguel Sousa, *Draft* do Capítulo 7: Jurisprudência de Private Enforcement, No âmbito do Projeto de Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência do CIDEEFF (Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal), pág.168. Disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 13 de Abril de 2017

⁶⁰ Comissão Europeia, Livro Branco Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_pt.pdf. Acedido pela última vez a 02 de Maio de 2017.

clara a separação entre os objetivos e os princípios subjacentes ao private enforcement (primordialmente, compensação) e ao public enforcement (punição e dissuasão)”.⁶¹

De notar que atualmente existem sérios obstáculos, na maioria dos Estados-Membros da EU, que desencorajam os consumidores e empresas a reclamar compensação em tribunal em ações de concorrenciais privadas. O novo modelo sugerido pela Comissão baseia-se na compensação total de danos singulares resultantes de violações do Direito da Concorrência europeu. Neelie Kroes, EC Competition Commissioner referiu que *“The suggestions in this White Paper are about justice for consumers and businesses. [...] These people have the right to compensation through an effective system that complements public enforcement, whilst avoiding the potential excesses of the US system.”*⁶²

As principais recomendações incluem uma abordagem coletiva da reparação dos danos sofridos, sob forma de ações representativas de grupos de consumidores e vítimas que optem por participar, por oposição às ações coletivas de reivindicadores não identificados; obtenção e divulgação de provas e elementos relevantes na posse das partes e, por fim, decisões de infração definitivas tomadas pelas autoridades de concorrência dos Estados-Membros, que constituem prova suficiente de uma infração em ações de reparação de danos subsequentes.

A visão da Comissão no que diz respeito à complementaridade das duas formas de *enforcement* está expressa no Livro Branco. Ao contrário do Livro Verde, onde a dissuasão foi bastante enfatizada pela CE, no Livro Branco o direito de compensação das vítimas é o objetivo final. No que diz respeito à relação entre os dois métodos de aplicação das leis do Direito da Concorrência, compreende-se que as medidas expressas no Livro Branco têm o objetivo de desenvolver um sistema efetivo de *enforcement* privado que complemente, mas não substitui, o sistema de aplicação concorrencial público.

⁶¹ Comentários da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco sobre ações de indemnizações por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, pág.6

⁶² Opening speech at the conference “Private enforcement in EC competition law: the Green Paper on damages actions”. Brussels, 9 March 2006, pág.1. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-158_en.htm?locale=en. Acedido pela última vez a 10 de Fevereiro de 2017

Como podemos ler no próprio Livro Branco, “*A Comissão sugere uma combinação de dois mecanismos coletivos de reparação complementares, a fim de resolver de forma eficaz este tipo de problemas no domínio antitrust*”. Podemos, assim, concluir que a Comissão considera efetivamente que as duas modalidades de aplicação das normas concorrenciais são essenciais para a otimização da aplicação destas leis e garantir a correta reparação de danos resultante de violações dessas leis.

Passaremos agora para a análise da complementaridade dos dois tipos de *enforcement* do Direito da Concorrência da União Europeia.

4. A complementaridade entre a aplicação pública e privada do Direito da Concorrência da União Europeia

A aplicação pública é assegurada por autoridades especificamente incumbidas - a Comissão a nível da União Europeia e as ANC a nível dos Estados-Membros -, que investigam suspeitas de violações do Direito da Concorrência, dirigem as suas decisões a particulares e aplicam coimas e medidas sancionatórias às empresas infratoras. O aspeto característico da aplicação pública é a verticalidade da ação, que permanece entre o Estado e os particulares, e o facto de a legislação de *public enforcement*, tanto a nível nacional como a nível europeu, já estar implementada e em desenvolvimento há várias décadas e, por isso, encontrar-se num nível de estabilidade que não se regista no *enforcement* privado.

A aplicação privada, por outro lado, surge de forma horizontal, e acontece entre indivíduos dentro de um processo civil. Neste tipo de litígios, as sanções impostas são de carácter privado e funcionam essencialmente como sanções para a vítima do comportamento anticoncorrencial, que só pode compensar as suas perdas perante um tribunal civil.⁶³

A aplicação privada das leis da concorrência não é uma abordagem sistemática. Queremos com isto justificar a capacidade de a vertente pública garantir melhores métodos de investigação e deteção de infrações concorrenciais. Ainda assim, não podemos deixar de

⁶³ KOMNINOS, Assimakis P., *EC private antitrust enforcement EC private antitrust enforcement: Decentralised application of EC Competition Law by national courts*. Hart, 2007, pág. 9.

reconhecer a relevância da falha mais notável do *enforcement* público, o chamado *enforcement gap*, que resulta da incapacidade das autoridades públicas de lidar com todos os processos concorrenciais que mereciam a sua atenção, sendo, por isso, balanceadas pelas ações privadas que, não o sendo, teriam que ser julgadas pelas autoridades nacionais competentes.

Ainda assim, verificou-se que, se se puder garantir um nível ideal de sanções e o número e diversidade adequados de investigações públicas, não seria necessário estimular ações privadas⁶⁴. Apesar destas considerações, a maioria dos autores de matérias concorrenciais argumenta que o modelo de aplicação da lei concorrencial ideal deve combinar elementos públicos e privados. Os dois modelos visam aspetos diferentes do mesmo sistema e não se destinam a substituir-se. Assim, não constituem alternativas, mas sim meios complementares, ambos essenciais para o sucesso da aplicação da lei da concorrência.⁶⁵

No entanto, na sua aplicação prática, a complementaridade tão desejada para os dois tipos de *enforcement* pode não ser totalmente positiva. Existem vários cenários possíveis em que as ações privadas, movidas pelos seus próprios interesses pessoais, não coincidem com o objetivo das políticas concorrenciais. Da mesma forma, podem existir circunstâncias em que os esforços públicos ameaçam a proteção de direitos e/ou interesses privados.

É amplas vezes argumentado, particularmente por parte dos responsáveis pela aplicação da lei, que a insuficiência de execução privada na Europa é uma situação desejável, uma vez que as ações privadas não podem, enquanto tal, cooperar de forma substancial para a eficácia da aplicação da legislação concorrencial.⁶⁶

⁶⁴ WILS, W., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 2003, pág.489; KOMNINOS, Assimakis P., *EC private antitrust enforcement EC private antitrust enforcement: Decentralised application of EC Competition Law by national courts*. Hart, 2007, págs. 8-9.

⁶⁵ WALLER, S. W., *Towards a Constructive Public-Private Partnership to Enforce Competition Law*, World Competition, 2006, pág. 367; KOMNINOS, Assimakis P., *EC private antitrust enforcement EC private antitrust enforcement: Decentralised application of EC Competition Law by national courts*, Hart, 2007, pág. 9; COLLINS, P., *What are the problems with EC Antitrust Damages Actions in Europe? Does the Private Pillar Require Reinforcement?*, 2007, pág. 53.

⁶⁶ WILS, W., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 2003, pág. 488

Atualmente, existe muito pouca regulação sobre como os dois métodos de *enforcement* interagem na prática, mesmo que existam áreas reconhecidas em que os interesses públicos e privado possivelmente colidem. A Comissão parece não conseguir ela mesmo gerir a aplicação prática dos dois tipos de *enforcement*. A linha entre o *enforcement* público e privado pode “colapsar” quando se põe o problema da criação de instituições de *enforcement* otimizadas, que combinariam as linhas do *enforcement* público e privado.

A aplicação pública e privada das normas de concorrência, como defende o Tribunal de Justiça da União no acórdão *Courage c. Crehan* - que iremos analisar de seguida – são necessariamente indissociáveis na prossecução do objetivo de dissuasão e prevenção de condutas anticoncorrenciais, em prol da maximização do bem-estar de todos os intervenientes do mercado. Também Roger Bergh⁶⁷ acredita que o *private enforcement* pode complementar a ação do *public enforcement* por aumentar a dissuasão e garantir a compensação de uma forma mais direta do que a aplicação pública deste direito. Ou seja, o *public enforcement* e o *private enforcement* não são opções mutuamente excludentes.

Assim como a Comissão Europeia, também a Autoridade da Concorrência Portuguesa, reconhece que se afigura fundamental garantir que a adoção de regras que visem simplificar a aplicação privada das normas concorrenciais, que entendemos dever ser olhada como complementar e nunca substituta da sua vertente pública, não causem um impacto negativo na atividade das autoridades de defesa da concorrência em geral, e da Autoridade da Concorrência em particular, para que a prossecução da sua incumbência pública não seja comprometida, até porque a própria aplicação privada seria prejudicada se a atuação da Autoridade da Concorrência vir a sua eficácia diminuída. Partilhando a ótica de Maria João Melícias sobre esta temática, no âmbito do 4º Curso de Formação para Juízes em Direito da Concorrência⁶⁸ “(...) estamos também empenhados em garantir que do desenvolvimento da

⁶⁷ BERGH, Roger Van den; CAMESASCA, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, London, 2006, pág. 328

⁶⁸ MELÍCIAS, Maria João, Sessão de Encerramento do 4º Curso de Formação para Juízes em Direito da Concorrência (Instituto Europeu, IDEFD, CEJ). Lisboa, 2 de Junho de 2015, pág. 6. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/Intervencoes_publicas/Documents/Encerramento%20MJM%20Curso%20Forma%C3%A7%C3%A3o%20Ju%C3%ADzes%20do%20Concorr%C3%A7%C3%A3o%20Junho%202015.pdf. Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017.

aplicação privada do direito da concorrência não resultem prejuízos para a nossa atividade sancionatória. É esse um dos objetivos da Diretiva e uma das nossas principais preocupações neste domínio. Em particular, estaremos vigilantes para que que alguns dos mais importantes instrumentos de investigação de que dispomos, como o programa de imunidade e a transação, não se tornem menos atrativos para as empresas por força do private enforcement.”

Nesse sentido, a Autoridade da Concorrência Portuguesa, defende ainda que a conceção de qualquer tipo de normas neste domínio deve ter em conta a presente a necessidade de assegurar um adequado equilíbrio entre aqueles dois pilares de *enforcement* do Direito da Concorrência, e de garantir que a missão das autoridades de defesa da concorrência pode continuar a ser exercida sem dificuldades acrescidas.⁶⁹

4.1 Julgamento *Courage v Crehan* (C-453/99)

O Tribunal Europeu de Justiça proferiu a sua decisão sobre o julgamento entre *Courage Ltd e Bernard Crehan*⁷⁰ há pouco mais de quinze anos e declarou, então, que qualquer pessoa que tenha sido prejudicada por uma infração às normas concorrenciais deve poder ser ressarcida por esse dano, reivindicando uma violação do artigo 101º TFEU como fundamento legal para reivindicar os danos decorrentes dessa infração.

Perante o julgamento de *Courage v Crehan*, a posição do tribunal em relação á complementaridade dos dois tipos de *enforcement* foi consistente, e defende que as ações perpetuadas pelos particulares fortalecem a operacionalidade das regras concorrenciais da União e contribuem significativamente para o fomento da concorrência europeia⁷¹, como podemos ler “*The full effectiveness of Article 81º of Treaty and, in particular, the practical effect of the prohibition laid down in Article 81º nº1, would be put at risk if were not open to any individual to claim damages for loss caused to him by a contract or by conduct liable to*

⁶⁹ Comentários da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco sobre ações de indemnizações por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*. Pág.2

⁷⁰ Julgamento do Tribunal Europeu de Justiça de 20 de Setembro de 2001 (C-453/99) *Ltd v Bernard Crehan and Bernard Crehan v Courage Ltd and Others*. ECR I

⁷¹ *Idem*

restric or distort competition.” Assim, considera-se que foi face ao Acórdão *Courage v Crehan* que a Comissão clarificou e considerou os benefícios socioeconómicos da utilização maximizada e coordenada entre os dois tipos de *enforcement*, assim como a aplicação privada do direito concorrencial bem-sucedida passou a ser um dos objetivos da CE.⁷² Este trabalho culminou, em primeira instância, na nova proposta de diretiva de 11 em Junho de 2013 que, como já vimos anteriormente neste estudo, apresentaria os principais impasses relacionados com a aplicação privada no âmbito do Estados-Membros.⁷³

Sobre este ponto, Assimakis P. Komninos, também defende que as ações privadas não podem ser vistas como uma alteração à substância do Direito da Concorrência europeu, que assenta sobretudo na proteção do interesse público⁷⁴ Esta visão vai, assim, de encontro aqueles que são os trâmites deste Acórdão, que defende que a eficácia da aplicação das leis da concorrência europeias requer que exista um direito para os lesados de uma conduta anticompetitiva, e que este direito desencoraje comportamentos anticoncorrenciais.

Muitos autores defendem que o referido acórdão do TJCE ficou marcado como o ponto de partida da aplicação privada no direito da UE. No entanto, é necessário ter em conta que este foi um caso em que os interesses privados contribuíram para a salvaguarda dos interesses públicos, não existindo, por isso, colisão entre os dois tipos de aplicações das normas concorrenciais, que é, como já vimos, uma das principais preocupações da Comissão Europeia.

Entendemos, perante o exposto, que no julgamento de *Courage v Crehan*, assim como no anteriormente analisado caso *Manfredi*, foi firmada a posição europeia que defende que qualquer dano resultante de condutas anticompetitivas deveria ser recompensado, sendo este

⁷² EU Commission, *Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Green Paper, 2005, pág.3. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A52005DC0672>. Acedido pela última vez a 10 de Maio de 2017.

⁷³ EU Commission, *On certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*, Directive Proposal. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/calls/2006s56_2_info_1.pdf. Acedida pela última vez a 10 de Abril de 2017.

⁷⁴ KOMNINOS, Assimakis P., *EC Private Antitrust Enforcement – Decentralised Application of EC Competition Law by National Courts*, Hart, 2008, pág. 14

direito abrangente a qualquer comprador direto ou indireto.⁷⁵ Foi eliminada a incerteza associada a ações privadas e entendemos que este foi um sinal relevante para os tribunais nacionais perante a posição europeia em matéria concorrencial, e particularmente no que às ações privadas diz respeito.

5. A Aplicação privada do Direito da Concorrência

O debate sobre a descentralização das regras europeias da concorrência, ao abrigo do Regulamento nº 1/2003, a publicação do Livro Verde da Comissão, e o Livro Branco em 2008, deram lugar a um extensivo debate sobre a aplicação do *enforcement* privado na Europa, que tem sido um dos assuntos constantes na agenda da Comissão Europeia nos últimos anos, e com consequências significativas nas jurisdições dos respetivos Estados-Membros.

Como já vimos, o *private enforcement* concorrencial compreende todas as circunstâncias em que uma pessoa intenta uma ação perante uma autoridade judicial com poderes vinculativos sobre as partes, na qual invoca normas europeias e/ou nacionais de concorrência em prol dos seus direitos ou interesses, ou de direitos ou interesses coletivos.⁷⁶ Esta aplicação pode revestir diferentes formas - ação de declaração de nulidade de acordos ou decisões proibidas pelo artigo 81º TCE, e atual artigo 101º do TFUE, e ações de indemnização por danos sofridos em consequência da violação das regras concorrenciais.

Já em 1993, o General-Advogado Van Gerven apresentava dois argumentos bastante sólidos para fundamentar a necessidade de tornar as ações privadas disponíveis sob a legislação da União Europeia. À época, o autor defendia que recompensar os lesados era o único método eficaz para que as autoridades nacionais garantissem a implementação efetiva das regras de concorrência. Para além disso, o autor considera que a correta e efetiva reparação dos danos sofridos tem um papel significativo em tornar as regras de concorrência mais operacionais.

⁷⁵ Ver as declarações do Tribunal de Justiça no parág. 26 (*Courage v Crehan*) e parág. 56 (*Manfredi*)

⁷⁶ *Draft* do Capítulo 7: Jurisprudência de Private Enforcement, No âmbito do Projeto de Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência do CIDEEFF (Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal), pag.4. Disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 13 de Abril de 2017

Nas suas palavras, *"I conclude from the foregoing that the right to obtain reparation in respect of loss and damage sustained as a result of an undertaking's infringement of Community competition rules which have direct effect is based on the Community legal order itself. Consequently, as a result of its obligation to ensure that Community law is fully effective and to protect the rights thereby conferred on individuals, the national court is under an obligation to award damages for loss sustained by an undertaking as a result of the breach by another undertaking of a directly effective provision of Community competition law."*⁷⁷

Posto isto, passaremos agora à análise da incumbência da aplicação privada do Direito da Concorrência europeu no sistema de *enforcement* e na contenção das práticas anticompetitivas. Por seu lado, a Autoridade da Concorrência nacional reconhece a importância do *private enforcement* que *"para além da função reparatória que por definição lhe cabe, pode desempenhar um importante papel de difusão da cultura de concorrência e de dissuasão de infrações futuras, essencial para a afirmação de mercados mais eficientes do ponto de vista concorrencial."*⁷⁸

De igual forma, a antiga *EU Competition Commissioner*, Neelie Kroes, acreditava nos benefícios do *enforcement* privado da concorrência europeia. Nas suas palavras: *"I am personally convinced that there is a lot of potential in advancing private enforcement of the European competition rules. (...) it could really contribute to our number one priority in Europe: creating a more competitive environment for business and industry, and thus growth and economic and social welfare for our citizens. ...the threat of having to pay damages for the harm caused by an infringement of the competition rules has a strong additional deterrent effect"*.⁷⁹

⁷⁷ Conclusões do Advogado-Geral Walter Van Gerven apresentada em 27 Outubro de 1993 (C-128/92), parág. 45

⁷⁸ Comentários da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco sobre ações de indemnizações por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, pág.1.

⁷⁹ Dinner Speech at the Harvard Club: *Enhancing Actions for Damages for Breach of Competition Rules in Europe*. New York, 22nd September 2005, pág.1. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-05-533_en.htm. Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017

Por outro lado, W. Wils, um dos autores que mais proeminente na sua convicção contra a aplicação privada do Direito da Concorrência, argumenta que, para assegurar a correta efetiva aplicação das regras concorrenciais, e a não violação das mesmas, o *enforcement* público é consideravelmente superior à sua aplicação privada, uma vez que a vertente pública apresenta poderes sancionatórios e de investigação bastante superiores às partes privadas, e também porque as ações privadas são motivadas por razões económicas, o que diverge dos interesses fundamentais da disciplina concorrencial. O autor não considera, sequer, um papel complementar entre os dois tipos de aplicação concorrencial, por considerar que o nível sancionatório adequado e o correto número e variedade de prossecuções são asseguradas mais efetivamente e por um custo mais baixo através do *enforcement* público.⁸⁰

Esta convicção da dispensabilidade do *private enforcement* no quadro concorrencial europeu recebeu apoio da escola alemã, autores como Reimer Böge e Konrad Ost, que defendiam que a efetivação das regras concorrenciais não cabia aos particulares mas sim às autoridades nacionais competentes.⁸¹ Ainda assim, na mesma obra, os autores defendem que o *private enforcement* é crucial no que diz respeito ao número de casos analisados uma vez que, devido aos recursos limitados das autoridades nacionais, estas têm que escolher que casos podem avançar, e as ações privadas ajudam a colmatar esta falha no sistema de *enforcement* concorrencial. A longo prazo, o possível acumular de processos de vítimas de processos anti concorrenciais detorará toda a cultura concorrencial.

Perante isto, Assimakis Komninou considera que esta fraqueza do *enforcement* público, a incapacidade perceptível de assumir todos os casos merecidos de atenção, é compensada pela maximização da vertente privada do Direito da Concorrência.⁸²

⁸⁰ WILS, W., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 26(3), 2003, Pág. 488.

⁸¹ BÖGER, U., OST, K., *Up and running, or is it? Private enforcement – the situation in Germany and policy perspectives*, 27(4) ECLR, 2006, pág.198.

⁸² KOMNINOS, Assimakis, P., *The Relationship between Public and Private Enforcement: Quod Dei Deo, Quod Caesaris Caesari*, University College London - Faculty of Laws, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1870723. Acedido pela última vez a 13 de Abril de 2017.

No entanto, importa ainda compreender que, se por um lado se observa este *enforcement gap* supramencionado, por outro, o *enforcement* público não requer que uma infração cause um dano para a proibir, basta que se verifique a prática uma conduta anticoncorrencial, que se substancia numa infração ao Direito da Concorrência.

Apesar das conceções acima apresentadas, a grande maioria dos autores continua a considerar a combinação entre os dois meios de aplicação do Direito da Concorrência, como o modelo de *enforcement* ideal para a prossecução dos objetivos europeus e nacionais em matéria concorrencial. Isto porque ambas as formas são direcionados para diferentes aspetos do mesmo sistema, sendo por isso necessário olhar para os dois como complementares e necessários para a correta efetivação do sistema regulatório concorrencial.⁸³

5.1. O Atual subdesenvolvimento do *private enforcement* europeu

Ao contrário dos EUA, em que o sistema de *enforcement* privado se encontra bastante desenvolvido, devido à rigorosa legislação neste campo, na União Europeia a situação é muito distinta, se não completamente oposta. O sistema europeu concorrencial ficou pautado por uma aparente falta de regulamentação uniforme e homogénea em toda a Europa e, uma vez que os casos de violação das normas do Direito da Concorrência são determinados com base num direito nacional, e o quadro jurídico difere de país para país, fomenta a ineficiência do sistema de aplicação das normas concorrenciais e a completa reparação dos danos dos lesados. A pluralidade de pilares jurisdicionais resultante das diferentes formas de resolução de litígios, intensifica a insegurança jurídica dos privados em ações de indemnização.

Assim, e também como concluímos previamente no capítulo dedicado à visão global do sistema de *enforcement* na Europa⁸⁴, existem vários sistemas de aplicação da lei da concorrência privada na União Europeia. Nalguns países, verifica-se a existência de uma base específica para tais ações – como na Alemanha –, alguns dispõem ainda de instituições

⁸³ KOMNINOS, Assimakis P., *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?* The Competition Law Review, 2006, pág.10.

⁸⁴ Ver capítulo 2.2 Sistema de enforcement overview, págs. 13-16

específicas especializadas neste domínio – a título de exemplo, o *Competition Appeal Tribunal* no Reino Unido –, enquanto alguns não apresentam disposições específicas para o *enforcement* privado nos sistemas jurídicos nacionais e, por isso, tem de se basear em regras gerais de direito civil.

Como já analisámos anteriormente neste estudo, a aplicação pública é o mecanismo de *enforcement* mais comum perante as infrações concorrenciais europeias. Em 2004, no máximo 10% dos litígios concorrenciais foram iniciados por uma ação privada perante um tribunal nacional⁸⁵, por contraste à realidade observada nos EUA, em que 95,7% das ações concorrenciais são privadas⁸⁶.

Neste contexto, num estudo concluído em 2004 para a Comissão Europeia⁸⁷, a aplicação privada do Direito da Concorrência foi considerado num estado de "subdesenvolvimento total", e consideramos que esta condição só mudou marginalmente desde então. De acordo com os autores deste estudo, entre outros, este subdesenvolvimento da aplicação privada concorrential tem impacto sobre a economia e, por conseguinte, a Comissão Europeia, tendo em conta a dimensão desta questão, tomou medidas para promover a aplicação da legislação e torná-la mais uniforme em toda a Europa através da adoção da 2014/104/EU, como teria feito, numa fase anterior, com o Regulamento nº1/2003.

Sobre o atraso ostensivo da aplicação privada das normas concorrenciais, a Comissão pronuncia-se no Livro Branco: *“Com efeito, estas ações de indemnização no domínio antitrust apresentam uma série de características específicas que frequentemente não são tidas suficientemente em conta nas regras materiais e processuais clássicas em matéria de responsabilidade civil. Este facto cria uma grande insegurança jurídica.. Estas particularidades incluem a necessidade da realização de uma análise factual e económica*

⁸⁵ WAELBROECK, Denis, SLATER, Donald, EVEN-SHOSHAN, Gil (Ashurst), *Comparative Report: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Brussels, 2004. Pág.27

⁸⁶ *Sourcebook of Criminal Justice Statistics Online*, pág.28. Disponível em: <http://www.albany.edu/sourcebook/pdf/t5412004.pdf>. Acedido pela última vez a 10 de Abril de 2017.

⁸⁷ Final Report for the European Commission (2007), *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, pág. 1. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017.

muito complexa, a frequente falta de acesso a elementos de prova na posse dos requeridos e sua dissimulação por parte destes últimos, bem como o resultado muitas vezes desfavorável para os requerentes de uma ponderação entre o risco e a eventual indemnização.”⁸⁸

Em Portugal, no ano de 2012, Miguel Sousa Ferro e Leonor Rossi, fizeram uma compilação preliminar, mas extensiva, da jurisprudência portuguesa de *private enforcement* da concorrência.⁸⁹ Neste estudo concluíram que existia uma crença generalizada entre os especialistas nacionais em matéria concorrencial de que a aplicação privada das normas do Direito da Concorrência era praticamente inexistente no nosso país. Nas palavras do autor numa obra posterior, “*Os trabalhos publicados até então referiam apenas uma mão cheia de casos, e só dois casos tinham sido comunicados à Comissão Europeia, apesar da obrigação decorrente do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento (CE) n.º 1/2003*”⁹⁰.

Perante esta situação, podem ser identificados vários motivos para o atual subdesenvolvimento da aplicação privada da jurisprudência concorrencial europeia, que derivam daquilo que consideramos serem os obstáculos à sua aplicação e desenvolvimento nos próprios Estados-Membros e que passaremos agora a analisar.

Como tivemos oportunidade de compreender neste estudo, dificuldades de diversa ordem têm caracterizado a aplicação privada do Direito da Concorrência europeu e justificado que a ele não se tenha recorrido com mais frequência ao longo do tempo. Destes, identificámos três que acreditamos serem os principais obstáculos: a dificuldade no acesso e obtenção dos elementos de prova necessários para instruir um processo; o risco económico envolvido e a dificuldade na quantificação dos danos resultantes de uma infração concorrencial.

⁸⁸ Comissão Europeia, Resumo da Avaliação de Impacto: Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust, que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 2013, pág.2. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf. Acedido pela última vez a 30 de Abril de 2017

⁸⁹ ROSSI, Leonor, FERRO, Miguel Sousa. *Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law*, Revista de Concorrência e Regulação 35, 2012, págs 3-22.

⁹⁰ Idem, pág. 5

Paralelamente à análise deste três pontos, importa-nos ainda debruçar-nos sobre outras questões que consideramos que relevantes para a compreensão do atual subdesenvolvimento das ações privadas do Direito da Concorrência.

Como podemos ler no estudo supramencionado, *“Lack of legal certainty also stems from lack of clarity in the law. In this regard, it can be noted that the answers to several basic questions relating to competition law based damages claims remain unclear (e.g. competent court and conditions for liability)”*⁹¹, isto é, existem questões básicas relacionadas com os pedidos de indemnização por infrações concorrenciais que ainda permanecem pouco claras, o que se afigura um desincentivo devido à falta de segurança jurídica.

Este ponto remete-nos para um segundo, particularmente aplicável aos cartéis e conluios entre empresas, que se prende com o facto de, mesmo nos casos em que existam programas de clemência, as empresas ou indivíduos que procurem denunciar infrações desta natureza podem enfrentar possíveis retaliações por parte de outros participantes no cartel, sobretudo no caso em que o processo é extenso, o que terá um efeito desencorajador perante as partes privadas.⁹²

Assim, concluímos que, ao contrário do legislador norte-americano, que reservou um papel fundamental à iniciativa privada na defesa da ordem concorrencial, verifica-se que, no âmbito europeu, não existe um incentivo claro às ações de indemnização privadas. Por isto, e pelas razões precedentes, a aplicação pública das leis concorrenciais é, muitas vezes, favorecida quando é necessário esforço para identificar e apreender violadores. Mesmo que, na prática, as partes privadas desempenhem um papel complementar, e mesmo fundamental, na medida em que fornecem informações às autoridades responsáveis pela aplicação legislativa e, ao apresentar ações privadas.

Passaremos agora à análise daqueles que, da nossa pesquisa e reflexão, resultaram como os principais obstáculos à aplicação plena e efetiva da vertente privada da concorrência europeia,

⁹¹ WAELBROECK, Denis, SLATER, Donald, EVEN-SHOSHAN, Gil (Ashurst), *Comparative Report: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Brussels, 2004, pág.10

⁹² BERGH, Roger Van den; CAMESASCA, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, London, 2006, págs. 322-324.

ou seja, as dificuldades de aplicação prática deste sistema de *enforcement* na Europa. São esses, como já vimos, o acesso aos elementos de prova e outros documentos associados; a dificuldade de quantificação dos danos de uma violação concorrencial e os riscos económicos inerentes à ação privada.

5.1.1 Acesso a elementos de prova

Em primeira instância, analisaremos a questão da disponibilização de informação em ações de indemnização, um dos mais proeminentes obstáculos ao desenvolvimento e maximização da aplicação privada do Direito da Concorrência da União Europeia.

No Livro Branco, a Comissão introduz as regras de acesso às evidências das infrações concorrenciais no âmbito da aplicação privada. Como podemos ler, “*Much of the key evidence necessary for proving a case for antitrust damages is often concealed and, being held by the defendant or by third parties, is usually not known in suficiente detail to the claimant.*”⁹³ Parece-nos que se tornou claro que a CE tinha a intenção de superar a assimetria estrutural de informação entre as partes nos litígios concorrenciais.

Também a Diretiva 2014/104/EU expõe o problema da disponibilização da informação em ações de indemnização, e, de acordo com a Alexander Italianer, *Director-General for Competition* da Comissão Europeia, “*First, access to evidence would be primarily done through court orders for the disclosure of documents. Because some Member States have very wide, and some very narrow, disclosure rules, it is proposed to have a minimum harmonisation of these rules where the role of the judge will be crucial. The judge will have to ensure that disclosure orders are proportionate and that confidential information is duly protected.*”⁹⁴

⁹³ Comissão Europeia, Livro Branco, Sec 2.2, pág.6. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_pt.pdf. Acedido pela última vez a 02 de Maio de 2017

⁹⁴ Competition Law within a framework of rights and the Commission's proposal for a Directive on antitrust damage actions in 12th Annual conference of the Association of European Competition Law Judges (AECLJ). Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2013_06_en.pdf. Acedido pela última vez a 10 de fevereiro de 2017.

Para garantir a aplicabilidade efetiva das disposições relativas à disponibilização de elementos de prova, a Diretiva atribui extensos poderes aos tribunais nacionais para coordenar o acesso e divulgação de elementos de prova, como podemos ler no Ponto 15, “*Os tribunais nacionais deverão poder ordenar a divulgação de elementos de prova por terceiro, incluindo entidades públicas.*”, embora se exija que a parte que solicita demonstre a relevância dos elementos de prova sob o controlo da outra parte na fundamentação do seu pedido de indemnização, e que esse pedido de divulgação de informação seja o mais preciso e específico possível, com base em “*factos e elementos de prova razoavelmente disponíveis*”.

Para a análise deste capítulo do acesso às informações e elementos de prova, importa ter em conta que, mesmo quando uma parte privada detém mais informação do que uma autoridade pública, provar que tais comportamentos conduziram a comportamentos anti concorrenciais não é automática e exige frequentemente esclarecimentos e provas adicionais. Para além disto, para alguns tipos de infrações, a prova do comportamento anti concorrencial exige uma avaliação dos efeitos e da natureza potencialmente pró-concorrencial da conduta observada. As autoridades de concorrência e os tribunais nacionais estão normalmente melhor dotados de condições para analisar as capacidades e as desvantagens das práticas empresariais e fundamentar um pedido de uma parte privada pode revelar-se, por vezes, muito difícil, penoso e demorado.⁹⁵

Assim, cremos que, nas ações de indemnização, a Comissão Europeia deveria orientar as suas medidas no sentido de aliviar o ónus de provar a infração às regras da concorrência imposto ao requerente.

No entanto, embora reconheçamos que as partes privadas que sofram danos concorrenciais são as que terão mais informação sobre a violação e os danos que resultaram dessa mesma infração, entendemos que a suposição de que informações privadas se sobrepõem pode não se aplicar a muitos tipos de violações de normas concorrenciais. Isto acontece porque o

⁹⁵ Report for the European Commission, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007, pág. 29, available at: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf#page=441.

Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017.

critério para determinar se uma certa conduta se impõe como uma infração ao Direito da Concorrência é muitas vezes feito através da comparação entre os custos/benefícios sociais prováveis da ação. Na nossa opinião, este é um cálculo que exige conhecimento económico e conhecimento das condições de mercado, e sobre o qual mesmo os especialistas discordam regularmente. As partes privadas podem eventualmente ter mais conhecimento do que uma autoridade nacional da concorrência, mas esta contrapõem-se com as equipas especialistas de que as ANC estão dotadas, prevalecendo, nesta ótica, o conhecimento científico que sempre favoreceu o *public enforcement* e as decisões públicas centralizadas.

A título de exemplo, em Junho de 2012, o Tribunal de Justiça da UE decidia sobre o caso da *Pfleiderer*⁹⁶, uma empresa alemã, produtora mundial de madeira transformada, que adquiriu papel decorativo a preços excessivamente altos a empresas que participaram num cartel, que já teria sido punido pelo *Bundeskartellamt* anteriormente.

Com o objetivo de iniciar uma ação civil de indemnização pelos danos sofridos, a *Pfleiderer* solicitou a consulta do respetivo processo de contra-ordenação à autoridade nacional alemã, assim como dos documentos relativos aos pedidos de clemência e dos elementos de prova confidenciais. Uma vez que o *Bundeskartellamt* se recusou parcialmente a conceder o acesso à informação, a produtora interpôs recurso para o *Amtsgericht Bonn*, que considerou que a *Pfleiderer* tinha efetivamente um interesse legítimo na consulta dos autos, uma vez que esta consulta permitia-lhe preparar a ação civil subsequente.

O *Amtsgericht Bonn* decidiu que o *Bundeskartellamt* teria que conceder à *Pfleiderer* o acesso aos elementos requeridos, e considera que este direito de acesso devia ser limitado aos elementos dos autos necessários para alicerçar e fortalecer o direito à indemnização pelos danos sofridos. No entanto, o tribunal alemão suspendeu a decisão e remeteu para o TJUE a decisão relativa à questão das normas concorrenciais, nomeadamente os artigos 11º e 12º do Regulamento nº1/2003 da CE, se oporem a que um lesado por um cartel tenha acesso aos suportes aos pedidos de clemência, e a outros documentos voluntariamente submetidos ao

⁹⁶ Acórdão *Pfleiderer* do Tribunal de Justiça (C360/09). Disponível em: <http://institutoeuropeu.eu/images/stories/Pfleiderer.pdf>. Acedido pela última vez a 19 de Janeiro de 2017.

abrigo de um programa nacional de clemência, para suportar um pedido de indemnização civil.

No nosso entender, as provas são de facto cruciais tanto para a atividade de *enforcement* das autoridades nacionais, como para as ações privadas. É frequente difícil para os reclamantes em ações de indemnização, dispor das informações e dos elementos de prova necessários para fundamentar os seus processos e alegações. Neste julgamento, o Tribunal de Justiça decidiu na ausência de legislação europeia, quais os princípios do Direito da União Europeia impediam o acesso a potenciais requerentes, a documentos obtidos por uma autoridade nacional competente, através do seu programa de clemência.

O Tribunal de Justiça decidiu que cabia ao órgão jurisdicional nacional decidir caso a caso, em concordância com a lei nacional, e tinha que pesar os interesses protegidos pelas leis europeias, ao decidir se concede o acesso à informação ou não. Posteriormente, a 30 de Janeiro, o tribunal alemão que interpôs o processo *Pfleiderer* para o Tribunal de Justiça, proferiu a decisão de aplicar as regras europeias. O órgão jurisdicional chegou à conclusão que os documentos de clemência deveriam ser protegidos contra a divulgação a potenciais requerentes.

De notar que a Comissão Europeia, em Novembro de 2011, foi convidada a intervir numa ação perante o *English High Court*, numa ação em que a proteção de determinados documentos de clemência estava em causa, no quadro de requisitos de divulgação no processo civil inglês. Na sua apresentação ao tribunal do Reino Unido, a Comissão reiterou firmemente a sua posição política de que os elementos fundamentais especialmente preparados para os propósitos dos programas de clemência previsto legalmente, devem revestir-se de uma proteção, diferente da concedida aos documentos pré-existentes que devem, na visão da CE, ser públicos e acessíveis a consulta pelas partes privadas darem seguimento às ações de indemnização.

Desde que o Tribunal de Justiça proferiu a deliberação, a questão da proteção de certos tipos de documentos esteve na base de uma série de procedimentos diferentes, demonstrando que esta é realmente uma área de risco entre as duas formas de *enforcement*. Neste sentido, a Diretiva 2014/104/EU vem estabelecer, no nº6 do artigo 6º, as declarações de clemência como

uma das duas exceções à divulgação de elementos, como podemos ler, “*Os Estados-Membros asseguram que, para efeitos de ações de indemnização, os tribunais nacionais não possam em nenhum momento ordenar a uma parte ou a um terceiro a divulgação das seguintes categorias de informação: a) As declarações de clemência, e b) As propostas de transação.*”⁹⁷

O julgamento *Pfleiderer* criou uma certa consternação por parte da CE e das ANC, de que a eficácia dos programas de clemência poderiam estar a ficar debilitados, o que levou à adoção da Resolução de 23 de Maio de 2012 relativa à proteção dos materiais dos programas de clemência n contexto das ações civis para reparação de danos. Nesta resolução, os tribunais nacionais devem, dentro do âmbito da sua legislação nacional, procurar proteger contra divulgação dos elementos dos programas de clemência na medida necessária para garantir a efetividade dos mesmos. Sobre este tema, citamos o Diretor Geral da Comissão Europeia em matéria de concorrência, Alexander Italianer que, nesse mesmo ano, dizia “*We have held this policy line for a long time and we believe it strikes the right balance between the competing interests. Our policy gives the necessary protection to leniency programs, which are indispensable tools to fight secret cartels, and at the same time we acknowledge the interests of private claimants who seek compensation.*”⁹⁸

Consideramos que o facto de as decisões acerca do acesso a elementos de programas de clemência poderem, assim, ser feitas caso a caso, não contribui para o efetivo desenvolvimento das ações privadas na Europa, podendo mesmo contribuir para o aumento das divergências entre o acesso a documentos nos Estados-Membros.

⁹⁷ Diretiva 2014/104/UE do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, JO L 349, de 5.12.2014.

⁹⁸ ITALIANER, Alexander in 5th International Competition Conference, Public and private enforcement of competition law, 17 February 2012, Brussels, pág.5 Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf. Acedido pela última vez a 25 de Abril de 2017

5.1.2 Dificuldades de quantificação dos danos

Na ausência de normativas europeias sobre a quantificação dos danos causados por infrações às regras do Direito da Concorrência, esta baseia-se nas normas e procedimentos nacionais, característicos de cada Estado-Membro. De acordo com o n.º 2 do artigo 16.º da Proposta de Diretiva o nível de prova e o estabelecimento dos factos exigidos para a quantificação dos danos não tornem o exercício do direito à indemnização impossível ou excessivamente difícil.

Em 2013, paralelamente à apresentação da Proposta de Diretiva, a CE apresentou orientações não vinculativas numa Comunicação sobre o método de quantificação dos danos nas ações de indemnização no domínio concorrencial⁹⁹, com base em infrações ao artigo 101.º e 102.º do TFUE, de modo a fornecer orientações aos tribunais e às partes nas ações de indemnização – por exemplo, através de métodos de cálculo e processos básicos de estimativa de prejuízos. De acordo com a mesma, em última instância, compete aos tribunais decidir sobre a quantificação dos danos com base nas regras e procedimentos nacionais do Estado-Membro.

Ainda que tenha sido um passo em frente na eliminação, ou mitigação de um dos principais obstáculos impostos às ações privadas no âmbito concorrencial, a AdC considera que a referência feita a esta Comunicação pela CE, *“pode gerar dúvidas quanto à sua vinculatividade para os tribunais”*¹⁰⁰, visão com a qual concordamos, uma vez que a própria Comissão alude ao carácter informativo das disposições desta Comunicação, onde podemos ler: *“O presente Guia Prático é meramente informativo, não vincula os tribunais nacionais, nem altera as disposições jurídicas aplicáveis nos Estados-Membros em matéria de ações de*

⁹⁹ Comissão Europeia, Guia Prático: Quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE que acompanha a Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do TFUE, 2013.

¹⁰⁰ Autoridade da Concorrência, Relatório sobre a Consulta Pública da Proposta de Anteprojecto de Transposição da Diretiva *Private Enforcement*, pág.7 Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Relat%C3%B3rio%20sobre%20a%20Consulta%20P%C3%BAblica%20da%20Proposta%20de%20Anteprojecto%20de%20Transposi%C3%A7%C3%A3o%20da.pdf. Acedido pela última vez a 20 de Maio de 2017.

indemnização, com base em infrações aos artigos 101º e 102º do TFUE.”¹⁰¹. Assim, concluímos que deveriam existir medidas únicas e uniformizadas, que funcionassem de forma transversal nos Estados-Membros.

Como entendemos, a reparação consiste em colocar a parte lesada na situação em que se teria encontrado se a infração não tivesse sido cometida. Assim, a reparação engloba tanto a compensação do dano real, como os lucros cessantes, lucros a que o lesado teria incorrido se a infração não tivesse ocorrido. Podemos ler no Acórdão *Manfredi*, já analisado no âmbito deste estudo¹⁰², “ (...) resulta do princípio da efetividade e do direito dos particulares a pedirem a reparação do dano causado por um contrato ou um comportamento susceptível de restringir ou de falsear o jogo da concorrência que as pessoas que tenham sofrido um dano devem poder pedir a reparação não só do dano real (*damnum emergens*), mas também os lucros cessantes (*lucrum cessans*), bem como o pagamento de juros.”¹⁰³

À semelhança, na Proposta de Anteprojeto de Transposição da Diretiva de Private Enforcement, a Autoridade da Concorrência estabelece no seu artigo 4º, os moldes para o cálculo da indemnização, “*O dever de indemnizar compreende os danos emergentes e os lucros cessantes calculados desde o momento da ocorrência do dano e sujeitos a atualização, sem prejuízo do pagamento de juros moratórios contados desde o momento da decisão atualizadora e até efetivo pagamento.*”¹⁰⁴

¹⁰¹ Comissão Europeia, Guia Prático: Quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do TFUE que acompanha a Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101º e 102º do TFUE, 2013.

¹⁰² Ver capítulo Acórdão *Manfredi* (C-295/04), págs. 30-31

¹⁰³ Acórdão *Manfredi* do Tribunal de Justiça (C 195/04) de 13 de Julho de 2006. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CJ0295&qid=1497278571336&from=PT>.

Acedido pela última vez a 29 de Abril de 2017

¹⁰⁴ *Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva de private enforcement*, 20 de Abril de 2016. Pág.3. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement%20-%20Anteprojeto%20private%20enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 7 de Abril de 2017.

Portanto, a quantificação dos danos, e consequente indemnização, é um processo complexo que implica uma comparação com a situação económica da vítima no cenário hipotético de um mercado concorrencial. Para além disso, a quantificação dos danos é uma questão ainda mais complexa quando se trata de danos decorrentes de cartéis, assim como outras violações de leis concorrenciais produzem muitas vezes danos dispersos para várias vítimas, onde os prejuízos suportados por cada vítima individualmente são pequenos. O problema resultante desta realidade é que as vítimas individuais têm poucos incentivos para iniciar processos judiciais, mesmo quando o dano geral imposto à sociedade como resultado da conduta anti concorrencial é significativo. Não obstante, a Comissão admite a possibilidade de existência de ações coletivas pela defesa do interesse dos consumidores cujos prejuízos, individualmente considerados, seriam de pequeno montante.

Se por um lado, as vítimas das infrações concorrenciais têm frequentemente um conhecimento limitado dos danos reais que resultaram da infração, em especial, as pequenas e médias empresas, assim como os próprios consumidores finais, que têm pouca consciência da conduta anti concorrencial num todo e, consequentemente, do prejuízo que isso lhes pode infligir. Por outro, o facto de um único comportamento anti concorrencial poder afetar um grande número de empresas ou de consumidores, alude a outro ponto relevante relativo ao incentivo dos lesados para iniciar processos de indemnização, que se prende com o facto de cada vítima poder ter um incentivo para esperar que os outros apresentem uma ação judicial para obter uma indemnização para, de seguida, aproveitar esse julgamento anterior. Este dilema, que pode ser enquadrado como um problema de “*collective action/free-riding*”, pode desencorajar as vítimas de atuarem como primeiros impulsionadores na decisão de pleitear por danos resultantes destas infrações.¹⁰⁵

¹⁰⁵ BERGH, Roger Van den; CAMESASCA, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, London, 2006, pág. 331

5.1.3 Riscos económicos inerentes

Por último, apresentamos outro inquestionável desincentivo ao *private enforcement*, que se prende com o nível de risco económico envolvido, no que diz respeito à incerteza em relação à decisão final do processo.

A Comissão reconhece o risco económico inerente às ações de indemnização como uma clara debilitação do sistema concorrencial, no seu Resumo da Avaliação do Impacto, que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, *“Para além de uma aparente falta de conhecimento, mesmo as vítimas que pretendem obter reparação são confrontadas com uma relação risco/reparação muito desfavorável, devido a obstáculos processuais e aos custos suportados para intentar uma ação. Esta situação prejudica o funcionamento das regras de concorrência da UE e é dificilmente conciliável com o direito fundamental a uma proteção judicial efetiva previsto pela Carta dos Direitos Fundamentais da UE.”*¹⁰⁶

No seu Livro Branco, a Comissão Europeia constata que *“Apesar da necessidade de estabelecer um quadro normativo eficaz que permita exercer na prática o direito a uma indemnização e muito embora se tenham registado recentemente alguns sinais de melhoria em determinados Estados-Membros, até agora, na prática, as vítimas de infrações às regras comunitárias no domínio antitrust só raramente obtêm uma indemnização pelos danos sofridos.”*¹⁰⁷. Portanto, para além do efeito dissuasor dos riscos económicos inerentes a estas ações, os particulares não suportam os custos com a certeza de que irão ser compensados.

As normas em vigor em relação aos custos desempenham um papel fundamental como fatores de incentivo ou de dissuasão para intentar uma ação, pelo que deve ser feita uma reflexão sobre a forma como a existência dessas regras em matéria de custos poderão facilitar o acesso

¹⁰⁶ Comissão Europeia, Resumo da Avaliação de Impacto: Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust, que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 2013. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf. Acedido pela última vez a 30 de Abril de 2017.

¹⁰⁷ Livro Branco da Comissão, pág.2. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/whitepaper_pt.pdf

às ações indemnizatórias. Citamos agora Miguel Ferro, *“A questão crucial é saber a partir de que momento é que é razoável exigir que o lesado avance para tribunal, incorrendo o risco de suportar todos os custos com advogados e com o tribunal (seus e da contraparte)?”*¹⁰⁸

No âmbito da motivação das vítimas de infrações concorrenciais a apresentar reclamações por danos, nas palavras de Neelie Kroes, *“We can achieve that by reducing the costs involved, for example by spreading them in case of a collective action. Or by reducing the risk by guaranteeing a reasonable claimant that he will not have to bear the bill. Or by increasing the benefits of a damages action.”*¹⁰⁹ Assim, os potenciais benefícios de tal ação devem compensar totalmente os possíveis custos.

Na efetiva e maximizada execução privada do Direito da Concorrência, assegurar-se-ia que os ganhos decorrentes de comportamentos anti competitivos são restituídos às vítimas dessa conduta, ficando de facto na condição em que teriam estado na ausência destes comportamentos.

Por outro lado, nas ações privadas em matéria concorrencial, pode ser decidido pelo tribunal, que o infrator restitua os custos legais decorrentes da ação à pessoa lesada, custos esses que não são recuperáveis num processo nas autoridades nacionais competentes. Esta medida é, na nossa opinião, uma das mais urgentes e decisivas, uma vez que os custos legais são um enorme obstáculo que se impõe ao desenvolvimento das ações privadas na Europa.

Nas palavras da Comissão Europeia, *“O custo da aplicação privada ineficaz do direito da concorrência é estimado em até 23 mil milhões de EUR ou 0,18 % do PIB da UE em 2012 – em termos de reparações de que as vítimas são privadas cada ano na UE. A resolução deste*

¹⁰⁸ FERRO, Miguel Sousa, *Draft* do Capítulo 7: Jurisprudência de Private Enforcement, No âmbito do Projeto de Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência do CIDEEFF (Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal), pág.172. Disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 13 de Abril de 2017

¹⁰⁹ Opening speech at the conference “Private enforcement in EC competition law: the Green Paper on damages actions”. Brussels, 9 March 2006. Disponível em: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-06-158_en.htm?locale=en. Acedido pela última vez a 10 de Fevereiro de 2017.

problema iria transferir os custos das infrações no domínio antitrust das vítimas para os infratores, tornando mais fácil detetar as distorções da concorrência. Em termos de aplicação geral dos artigos 101º e 102º do TFUE, a maior probabilidade de ser considerado responsável de uma conduta ilegal, desencorajaria o comportamento anticoncorrencial (dissuasão acrescida), com benefícios subsequentes em termos de bem-estar dos consumidores.”¹¹⁰

Perante a improbabilidade de um consumidor, que tenha sofrido danos de pequeno montante, intentar uma ação por violação das normas concorrenciais, a melhor forma de defender os interesses destes consumidores, que se afigura uma das principais preocupações da Comissão.

Neste domínio, defendemos as ações coletivas que, para além de protegerem os interesses dos consumidores, podem servir para agrupar um elevado número de pedidos de indemnização menores numa só ação, poupando tempo e recursos aos tribunais competentes. Esta medida mitigaria também a falha no número de pedidos e ações que não são analisadas pela Comissão, que tem que priorizar os pedidos por falta de recursos para analisar a sua totalidade.

Com isto, defendemos que deve existir um verdadeiro sistema de aplicação privada das leis da concorrência que permita a todos os prejudicados, e não apenas aos prejudicados avultantemente.

Face ao exposto, e como já foi enfatizado pela Comissão, a fixação das despesas judiciais e administrativas inerentes aos processos concorrenciais poderia incrementar o recurso a estas ações privadas. Por outro lado, considerou-se também a possibilidade de, em casos em que tal se justifique, o Tribunal derrogar as normas aplicáveis, quando estiver a deliberar acerca das despesas. Esta opção não obteve a nossa consideração positiva, uma vez que entendemos que a previsibilidade dos custos recuperados deve ter sido em conta, o que se afigura impossível quando os custos totais a suportar são estabelecidos caso a caso. Assim, o facto de

¹¹⁰ Comissão Europeia, Resumo da Avaliação de Impacto: Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust, que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 2003, pág.4. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf. Acedido pela última vez a 30 de Abril de 2017.

as normas referentes aos custos serem derogáveis por um juiz irá apenas aumentar a incerteza jurídica e clima de desfavorecimento, que nos propusemos estudar.

5.2 Facilitar o *private enforcement*

Uma vez analisadas as condições de proposição de pedidos de indemnização por infração das regras europeias da concorrência, e identificados os obstáculos que tais pedidos enfrentam, passaremos agora à análise das alternativas para a resolução de tais problemas, com vista a aumentar a eficácia destas ações em toda a União Europeia.

A aplicação privada da concorrência começou a dar os seus primeiros passos recentemente e verificamos um esforço continuado da Comissão para incentivar e criar condições para a efetivação do *private enforcement* como catalizador do bem-estar económico europeu, com a publicação do Livro Verde sobre as ações de indemnização, em 2005, e o respetivo Livro Branco em 2008. Embora não se verifique uma melhoria significativa, consideramos que, em alguns Estados-Membros, a tendência seja que as ações privadas de ressarcimento de danos decorrentes de práticas anticoncorrenciais comecem lentamente a tornar-se mais frequentes.

Face ao que foi exposto até ao momento neste estudo, entendemos que os potenciais benefícios de litígios concorrenciais privados efetivos incluem: assegurar que as vítimas de conduta anticoncorrencial são compensadas de forma completa pelos danos; assegurar que os cidadãos da UE estão todos em condições similares para poderem exercer o seu direito de ressarcimento de perdas por todo o território europeu; criar consciência geral no que diz respeito aos benefícios de uma política concorrenciais efetiva, assim como ao direito de reclamar a compensação de danos, o que poderia contribuir para o desenvolvimento de uma cultura de concorrência sólida na Europa.

Este último ponto reveste-se de especial importância, uma vez que, por serem ações perpetuadas pelos próprios cidadãos, acreditamos que a evolução das ações privadas desenvolverá efetivamente a tão desejada sensibilização dos cidadãos para os benefícios de um modelo concorrenciais europeu estável e bem implementado, assim como uma cultura sólida de concorrência na Europa. Do nosso ponto de vista afigura-se fundamental refletir acerca do papel dos consumidores na reparação de danos sofridos e orientar as soluções para

medidas que levariam os consumidores a desempenharem um papel mais proeminente no âmbito do *enforcement* do Direito da Concorrência europeu.

Por um lado, acreditamos que as ações privadas têm uma relevância substancial na dissuasão das condutas anticoncorrenciais. W. Wils, é um dos defensores de que a dissuasão é particularmente eficaz no domínio concorrencial, porque as infrações nesta área resultam geralmente de decisões empresariais que infringem a lei com o objetivo de aumentar lucro corporativo.¹¹¹ O sistema europeu de aplicação da lei da concorrência, ao contrário do americano, tem sido tradicionalmente menos orientado para a dissuasão através da iniciativa das partes privadas, o que representa, por si só, um limite à prosperidade das ações privadas e aos benefícios da influência do *private enforcement* no sistema europeu de concorrência.

Também as múltiplas abordagens adotadas pelos Estados-Membros se impõem como um impasse no desenvolvimento das ações privadas em seio europeu e, nesse sentido, afigura-se essencial assegurar que as empresas e os cidadãos da União Europeia estejam efetivamente em condições semelhantes para exercerem o seu direito à compensação e desenvolverem-se economicamente ao mesmo nível igualdade, em todo o território europeu.

Podemos, então, afirmar que, quaisquer medidas que venham a ser implementadas com a finalidade de incrementar as ações privadas na esfera europeia, devem ser precedidas de uma reflexão séria e devem ser rodeadas de todas as prudências necessárias, com o objetivo de assegurar a harmonia dos sistemas jurídicos nacionais no seu todo, e a manutenção da eficácia da aplicação pública, o qual continua a assumir um papel prevalente.

Por outro lado, no que à harmonização com a legislação nacional diz respeito, cremos que a adoção de medidas que promovam uma interação eficiente e capaz entre o *enforcement* privado e os programas de clemência reveste-se, para a Autoridade da Concorrência, de uma particular importância. É também fundamental à luz das regras europeias da concorrência, garantir que os mecanismos criados para facilitar o recurso a ações de indemnização por danos causados por infrações anticoncorrenciais não tenham um efeito desincentivador, ou

¹¹¹ WILS, W., *Should Private Enforcement Be Encouraged in Europe?*, World Competition, 26(3), 2003, Pág.478

diminuidor de eficácia, dos programas de clemência, disponíveis na quase totalidade dos Estados-Membros, e de extrema importância na conjuntura concorrencial.¹¹²

No que à informação diz respeito, a proposta seria um sistema que combine as vantagens de informação de ambos os sistemas de *enforcements*, público e privado. Por exemplo, em 2005, McAfee et al.¹¹³ propõe que a superioridade de informação inicial das partes privadas sobre potenciais violações das leis concorrenciais seja utilizada para levar as partes privadas a queixarem-se às autoridades públicas em vez de terem de iniciar processos judiciais. O objetivo seria estas queixas serem o ponto de partida para os procedimentos que cabem às autoridades públicas. Neste cenário teríamos de considerar ainda as queixas que não teriam importância suficiente para ter intervenção pública, McAfee et al. propõe balancear os incentivos dados às partes privadas, ao pedir um valor para a investigação pública em troca de um prémio se a violação estiver efetivamente em prática.

Sobre a disponibilização de informação em litígios *follow-on*, o Livro Verde discute como facilitar estes processos *follow-on* ao ter em conta a informação proveniente dos procedimentos públicos disponíveis para as partes privadas. (Questões A, B e C do L.V.). No entanto, não é claro qual é o objetivo destes processos *follow-on*: se as partes não têm informação adicional substancial sobre a violação a um certo ponto, não existe justificação para estes procedimentos de *follow-on*. Estes procedimentos têm a sua utilidade no momento em que se revele informação adicional das partes sobre os custos ou benefícios da violação, que será essencial para a determinação dos danos sofridos.

Adicionalmente, é necessário reconhecer que as práticas anticompetitivas constituem um obstáculo para a prosperidade económica europeia, uma vez que os danos concorrenciais podem ir além do sector económico onde se verificou a infração. Já o há data presidente da Comissão Europeia, Durão Barroso, sugeriu no mês de Novembro de 2012, no âmbito de uma reunião da Comissão Europeia sobre uma operação de concentração entre a

¹¹² Comentários da Autoridade da Concorrência Portuguesa ao Livro Branco sobre ações de indemnizações por incumprimento das regras comunitárias no domínio *antitrust*, pág. 3

¹¹³ MCAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M., MIALON, Sue H., *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 2008, pág.7

Outokumpo/Inoxum/ThyssenKrupp¹¹⁴, com impacto no sector do aço, que os casos de concorrência que extravasassem o campo da política da concorrência e que, por essa razão, pudessem provocar maior impacto em sectores estruturantes da economia europeia, fossem analisados em maior detalhe pelo colégio de Comissários.

O subdesenvolvimento do *private enforcement* é, como vimos, cada vez mais evidente na Europa e, na impossibilidade de desenvolver o sistema de *enforcement*, têm que ser considerados meios alternativos de resolução dos litígios privados no âmbito concorrencial. No entanto, entendemos que o caminho para atingir o objetivo das ações privadas na Europa tem que ser abordado de forma consciente para assegurar as potenciais vantagens de criar um segundo pilar de *enforcement* na Europa.

Parece-nos, empiricamente, uma boa solução face à ineficiência do *private enforcement* em seio europeu, a recetividade à arbitragem e à mediação como uma alternativa ao litígio, recetividade essa que já existe em algumas jurisdições europeias, como a Alemanha, Espanha e o Reino Unido, que também encorajam mecanismos alternativos de resolução de litígios concorrenciais, no âmbito privado.¹¹⁵

¹¹⁴ Reunião da Comissão Europeia de 14 de Novembro de 2012, disponível em: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/10061/2012/EN/10061-2012-2022-EN-F-0.Pdf>. Acedido pela última vez a 14 de Fevereiro de 2017.

¹¹⁵ ITALIANER, Alexander in 5th International Competition Conference, Public and private enforcement of competition law, 17 February 2012, Brussels, págs.2-3. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf. Acedido pela última vez a 25 de Abril de 2017.

Conclusão

As regras da concorrência, e o seu processo de evolução, constituíram um fator primordial para a reestruturação das organizações de mercado, fomentando ainda a proteção dos consumidores, a competitividade entre empresas e o equilíbrio do comércio entre os Estado-Membros. É por isso, a nosso ver, uma temática muito atual, com indubitável interesse e relevância práticos, e que evidencia a necessidade de se alcançar um equilíbrio entre os interesses legítimos e contrastantes – dos consumidores e das empresas – em prol dos interesses globais da concorrência.

A aplicação do Direito da Concorrência concretiza-se, fundamentalmente, através da cessação de comportamentos que infringem normas concorrenciais, da declaração de nulidade de disposições contratuais que violem tais regras, da imposição de punições aos infratores, sendo neste sentido a reparação dos danos sofridos pelas vítimas destas violações crucial mas não suficiente. Existe, assim, uma necessidade imprescindível de desencorajar condutas anticorrenciais para que se façam notar mudanças eficazes a longo prazo.

Ainda assim, entendemos que será num sistema em que todas as infrações fossem detetadas, que as recompensas compensatórias induziriam à dissuasão geral das práticas restritivas da concorrência, idealizada pela Comissão para o desenvolvimento concorrencial europeu.

Em suma, tornou-se necessário garantir uma articulação equilibrada e sinérgica entre a aplicação pública e privada do Direito da Concorrência europeu. Assim, e como julgamos ter demonstrado, o *enforcement* privado é a modalidade que vem completar a ação das autoridades nacionais e europeias na imposição das leis da concorrência, apresentando um desempenho importante na prevenção e deteção de práticas restritivas da concorrência, e na atração de recursos privados para a proteção do mercado e do consumidor. Nesse sentido, o artigo 101º deve ser interpretado no sentido de qualquer pessoa poder invocar uma prática proibida por este artigo e, sempre que existir um nexo de causalidade entre esta e o dano sofrido, pedir a reparação integral pelo mesmo.

As partes privadas são tipicamente movidas pelos potenciais ganhos monetários que compensarão os danos decorrentes da conduta anticoncorrencial. No entanto, e como já demonstrámos anteriormente neste estudo, foi também notado pela primeira vez por Shavell (1982), os incentivos para os particulares processarem pelas indemnizações compensatórias e a dissuasão resultante diverge do objetivo idealmente previsto para o *enforcement* privado da União Europeia.

Ao longo deste estudo, concluímos que não é visível um incentivo efetivo às ações privadas na maioria dos Estados-Membros. Na ótica do incentivo, entendemos que a Diretiva desempenhará um papel fundamental no desenvolvimento do *private enforcement* que dependerá, em larga medida, da capacidade da Comissão para fazer face aos anunciados obstáculos que se impõem a este desenvolvimento.

Atualmente, os Estados-Membros adotam abordagens muito contrastantes em litígios concorrenciais, com repercussões assimétricas naquelas que são as condições para o exercício do direito de pedir compensação pelos danos suportados em consequência de infrações às regras concorrenciais. Nesta medida, entendemos que os Estados-Membros devem interpretar os artigos das disposições legais europeias como um modelo normativo na reforma das suas normativas nacionais para, desta forma, se uniformizar a aplicação do Direito da Concorrência na Europa. Enquanto as normas do Direito da Concorrência devem ser acompanhadas de uma implementação europeia homogénea para mitigar estas diferenças legislativas.

Todas as normas e princípios jurídicos precisam de uma aplicação eficaz na sua implementação, e resultou da minha pesquisa a perceção de que existiram ao longo da história vários apelos para a implementação efetiva do sistema de *enforcement* privado do Direito da Concorrência, sem que estes se façam acompanhar pelos necessários alertas para os riscos de não ter um sistema de *enforcement* implementado na sua totalidade.

Na Europa, a aplicação privada da concorrência está indiscutivelmente subdesenvolvida. No entanto, relembramos que os litígios concorrenciais privados são um *work-in-progress* na maior parte do mundo, mesmo nos Estados Unidos, várias décadas depois de se ter começado o seu desenvolvimento e, por isso, terão que ser limadas ainda várias arestas para chegarmos ao seu desenvolvimento completo e efetivo, sendo que numa primeira instância afigura-se

fundamental eliminar os fatores que tornam excessivamente difícil o exercício do direito de indemnização.

Nesta matéria concluímos que o acesso aos elementos de prova e os custos das ações devem ser limitados para que o sistema de *private enforcement* esteja efetivamente disponível para qualquer lesado de uma prática anticoncorrencial.

Referências bibliográficas

ALVES, Jorge de Jesus Ferreira. *Direito da Concorrência nas Comunidades Europeias*. 2ed. Coimbra Editora, 1992.

Autoridade da Concorrência, Relatório sobre a Consulta Pública da Proposta de Anteprojecto de Transposição da Directiva *Private Enforcement*. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Relat%C3%B3rio%20sobre%20a%20Consulta%20P%C3%ABlica%20da%20Proposta%20de%20Anteprojecto%20de%20Transposi%C3%A7%C3%A3o%20da.pdf. Acedido pela última vez a 20 de Maio de 2017.

AYRAL, Michel. *Le marché intérieur de l'Union Européenne: Les règles du jeu*. Paris, La documentation française, 1998.

BACH, Albrecht, WOLF, Christoph, *Germany: Private Antitrust Litigation*. Disponível em: <http://globalcompetitionreview.com/chapter/1067842/germany-private-antitrust-litigation>. Acedido pela última vez a 20 de Maio de 2017

BASEDOW, Jürgeb, “Panel one Discussion; Substantive Remedies”, *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland, 2003.

BASEDOWN, Jürgeb, *The modernization of European Competition Law: A story of unfinished concepts*, Texas International Law Journal, 2007.

BERGH, Roger Van den; CAMESASCA, Peter D., *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, London, 2006.

BÖGER, U., OST, K., *Up and running, or is it? Private enforcement – the situation in Germany and policy perspectives*, 27(4) ECLR, 2006.

COLLINS, P., *What are the problems with EC Antitrust Damages Actions in Europe? Does the Private Pillar Require Reinforcement?*, 2007.

Comissão Europeia, Resumo da Avaliação de Impacto: Ações de indemnização por violação das regras da UE no domínio antitrust, que acompanha a proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, 2013. Disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/summary_impact_assessment_pt.pdf. Acedido pela última vez a 30 de Abril de 2017.

Comissão Europeia, A política de Concorrência na Europa e os Cidadãos, 2000.

CONFRARIA, João, *Regulação e Concorrência – Desafios do século XXI*, Universidade Católica Editora, 2011.

DAVIES, Neil, FARRELL, Lesley, REISS, Michael, *United Kingdom: Private Enforcement*. Disponível em: http://globalcompetitionreview.com/chapter/1065455/united-kingdom-private-enforcement#ftn_72. Acedido pela última vez a 14 de Abril de 2017.

FAINHUNST, John, *Law of the European Union*, 5ª edição, Harlow Pearson, 2006.

FERRO, Miguel Sousa, *Draft* do Capítulo 7: Jurisprudência de Private Enforcement, No âmbito do Projeto de Jurisprudência Portuguesa de Direito da Concorrência do CIDEEFF (Centro de Investigação de Direito Europeu, Económico, Financeiro e Fiscal). Disponível em: http://www.cideeff.pt/xms/files/Projeto_4_grupo_III/Jurisprudencia_de_Private_Enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 13 de Abril de 2017.

FERRO, Miguel Sousa. Relatório síntese do Workshop consultivo sobre o anteprojecto de transposição da Diretiva 2014/104/EU. Disponível em: http://www.concorrenca.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement/Relatório%20do%20Workshop%20consultivo%20realizado%20a%2016-03-2016.pdf. Acedido pela última vez a 23 de Maio de 2017.

Final Report for the European Commission, *Making antitrust damages actions more effective in the EU: welfare impact and potential scenarios*, 2007. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/files_white_paper/impact_study.pdf. Acedido pela última vez a 10 de Janeiro de 2017.

GOTTS, Ilene K., *The private competition enforcement review*, Fourth Edition, Law Business Research, 2011.

GORJÃO-HENRIQUES, M. Et al., *Lei da Concorrência: comentário conimbricense*, Almedina, 2013.

GOYDER, D., *EC Competition Law*, Oxford University Press, 4^a Ed., 2003.

HARTKAMP, Arthur, *Towards a European Civil Code* 4^a ed, Kluwer Law International, 2011.

HODGES, Christopher, *New modes of redress for consumers and competition law*, Revista de Concorrência e Regulação, Lisboa, 2012.

HOEKMAN, Bernard; MAVROIDIS, Petros C. *Economic Development, competition policy and WTO*. Washington DC: Banco Mundial, 2002.

IDOT, Laurence, *Arbitration, European competition law and public order*, Revista de Concorrência e Regulação nº 11/12, Lisboa, 2012.

ITALIANER, Alexander in 5th International Competition Conference, Public and private enforcement of competition law, 17 February 2012, Brussels. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2012_02_en.pdf. Acedido pela última vez a 25 de Abril de 2017.

JACOBS, Francis G., DEISENHOFER, Thomas, *Procedural Aspects of the Effective Private Antitrust Enforcement of EC Competition Rules: A Community Perspective*, 2003.

JONES, Alison, SUFRIN, Brenda, *EU Competition Law*, Text, Cases and Materials, Oxford, 2008.

JONE, Clifford A., *Private Antitrust Enforcement in Europe: A policy analysis and reality check*, World Competition, 2004.

KOMNINOS, Assimakis P., *EC private antitrust enforcement EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC Competition Law by national courts*, Hart, 2007.

KOMNINOS, Assimakis. P., *Public and Private Antitrust Enforcement in Europe: Complement? Overlap?* The Competition Law Review, 2006.

LANDE, Rober, DAVIS, Joshua, *Benefits from Private Antitrust enforcement: An alanalysis of forty case*, University of San Francisco Law Research Paper nº 2010-07.

MCAFEE, R. Preston, MIALON, Hugo M., MIALON, Sue H., *Private v. Public Antitrust Enforcement: A Strategic Analysis*, 2008.

MARTINS, Ana Catarina Guerra, *Maual de Direito da União Europeia*, Almedina, 2012

MATEUS, Abel M., *A aplicação das Leis da Concorrência em Portugal: A autoridade e os Tribunais*, 2007. Disponível em: http://www.concorrencia.pt/SiteCollectionDocuments/Noticias_e_Eventos/Intervencoes_Publicas/AM_Aplicacao_LC_Portugal.pdf. Acedido pela última vez a 15 de Fevereiro de 2017

Ministério dos Negócios Estrangeiros - Direção Geral dos Assuntos Europeus, Portugal na União Europeia Ano 2014. Disponível em https://infoeuropa.euroid.pt/files/database/000065001-000066000/000065395_2.pdf. Acedido pela última vez a 30 de Abril de 2017.

MOURA E SILVA, Miguel, *Direito da Concorrência: Uma introdução jurisprudencial*, Almedina, 2008.

OKEOGHENE, O., JAMES, E., *Compensatory damages dor Breachs of Article 81º*. European Law Review, 2002.

PEYSNER, John, *Costs and Financing in Private Third party competition damages actions*, CLR, 2006.

Proposta de Anteprojeto de transposição da Diretiva de private enforcement, 20 de Abril de 2016. Disponível em:
http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/ConsultasPublicas/Documents/Private%20Enforcement%20-%20Anteprojeto%20private%20enforcement.pdf. Acedido pela última vez a 7 de Abril de 2017.

POLINSKY, A. M., SHAVELL, S., *The Theory of Public Enforcement of Law*. Handbook of Law and Economics, Volume 1, 2007.

RODRUGUES, Hélio T., *Direito Comunitário da Concorrência – Proibição estabelecida no artigo 81º, nº1, TCE e acordos permitidos pela exceção do artigo 81º, nº3, TCE*, Verbo Jurídico, 2008.

ROSSI, Leonor, FERRO, Miguel Sousa. *Private enforcement of competition law in Portugal (I): an overview of case-law*, Revista de Concorrência e Regulação 35, 2012.

RUIZ, Nuno, *A aplicação do Direito Comunitário da concorrência em Portugal*. Documentação e Direito Comparado, nº 77/78, 1999.

SEGAL, I. R., WHINSTON M.D., *Public vs. Private Enforcement of Antitrust Law: A Survey*. John M. Olin Program in Law and Economics Stanford Law School, 2006.

VAN BAELE, Ivo, *Due Process in the EU competition proceedings*. Kluwer Law International, 2011.

WAELEBROECK, Denis, SLATER, Donald, EVEN-SHOSHAN, Gil, *Comparative Report: Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*. Ashurst, Brussels, 2004.

WISH, Richard, BAILEY, David, *Competition Law*, Oxford University Press, 2012.

WOODS, Donncadh; SINCLAIR, Ailsa; ASHTON, David, *Private enforcement of Community competition law: modernization and the road ahead*, Competition Policy Newsletter Nº2, 2004.

Legislação Europeia

Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, de 25 de março de 1957.

Regulamento 17/62 do Conselho, de 6 de fevereiro de 1962.

Regulamento nº 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativa À execução de regras da concorrência estabelecidas nos artigos 81º e 82º do Tratado.

Diretiva 2014/104/EU do PE e do Conselho, de 5 de dezembro de 2014.

Comissão Europeia (2005) “Livro Verde: Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust.” COM(2005) 672, 19 de dezembro de 2005.

Comissão Europeia (2008) “Livro Branco: Ações de indemnização por incumprimento de regras comunitárias no domínio antitrust.” COM(2008) 165, 2 de abril de 2008.

Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101º e 102º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, 2013/C 167/07.

Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, COM(2013) 404 final, 11 de junho de 2013.

Legislação portuguesa

Decreto-lei nº 10/2003, de 18 de janeiro.

Decreto-lei nº 166/2013, de 27 de dezembro.

Lei nº 19/2012, de 8 de Maio.

Legislação americana

Sherman Act (1890)

Clayton Act (1890)

Jurisprudência Europeia

Processo C-453/99, *Courage Ltd v Bernard Crehan* (2001)

Processos Apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi e outros* (2006).

Processo C-360/09, *Pfleiderer AG contra Bundeskartellamt* (2011).

Jurisprudência Americana

Illinois Brick Co c. Illinois, de 9 de junho de 1977, 431 U.S. 720